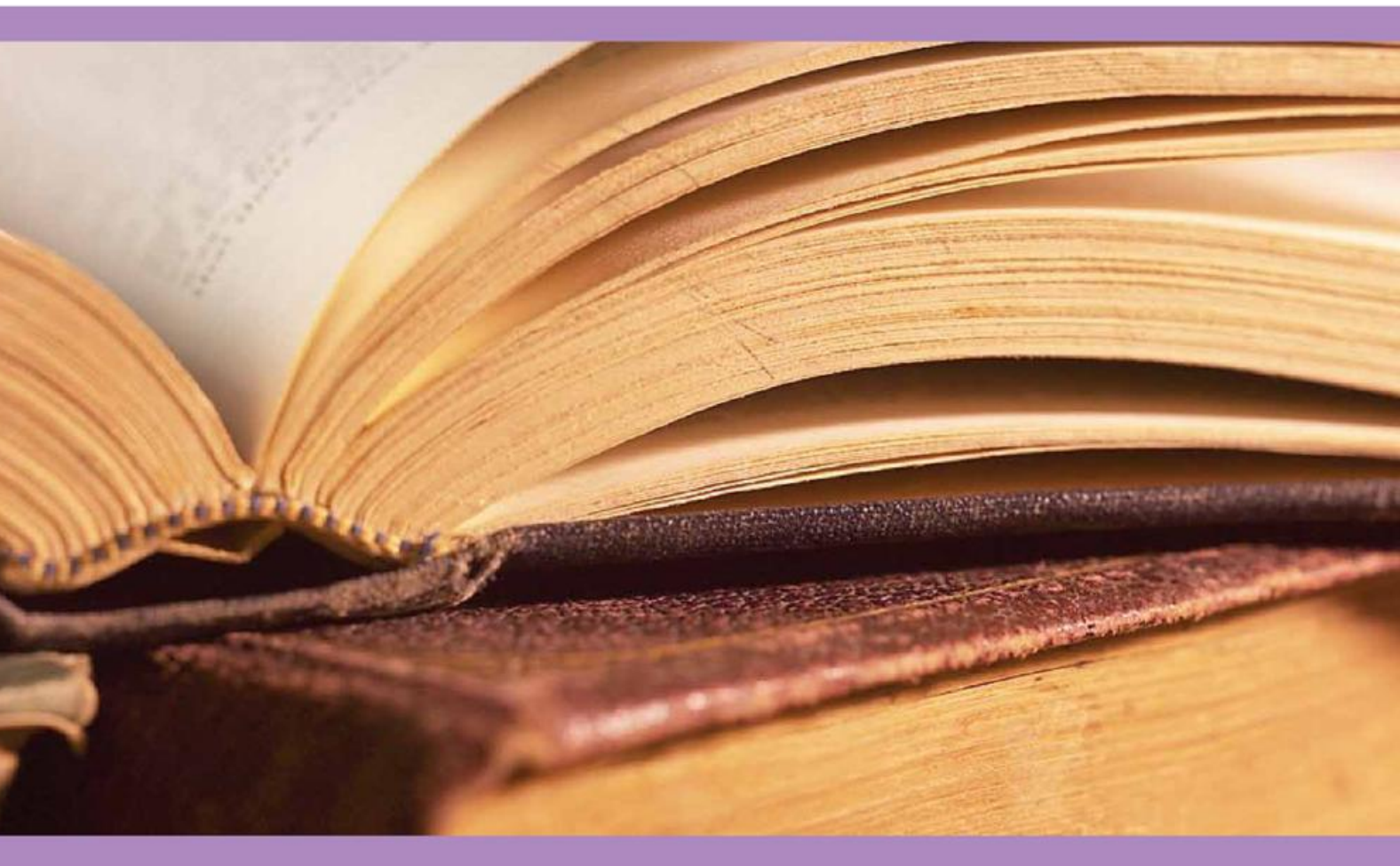
TEMAS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA

Organização Prof. Dr. Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL À LUZ DA RACIONALIDADE EMANCIPATÓRIA

Prof. Dr. Alvaro Luis de A. S. Ciarlini [1]

DOI 10.11117/9788565604031.01

A atividade desempenhada pelas cortes constitucionais, por seu alcance jurídico e político, pede a devida reflexão a respeito dos critérios de racionalidade adotados por seus magistrados ao procederem à juridificação da ordem constitucional[2].

É bem verdade que o atual estágio de percepção desse trabalho *jurisdicional*, no senso comum dos juristas, permite que tratemos o direito cada vez mais como um “fenômeno factual complexo formado pelo comportamento dos juízes”[3] e menos, verdadeiramente, como um dever ser imposto por preceitos hipotéticos incidentes e aplicáveis a situações concretas da vida.

Nesse contexto, a concepção do direito hoje em voga propugna a compreensão da ordem jurídica, não mais como uma simples estrutura lógico-formal, em um sistema subsuntivo, ou mesmo em um ordenamento escalonado de normas derivadas[4]. Ao contrário, cada vez mais passamos a compreender o fenômeno jurídico como um processo histórico de construção contínua de modelos de decisão temporalmente adequados à solução dos conflitos de interesse.

O papel da hermenêutica jurídica, nesse quadro, é justamente o de possibilitar a leitura de um mesmo texto legal sob perspectivas distintas e em momentos diversos. Para esse mister, os juristas se afastam gradualmente do pensamento jurídico oitocentista, pouco criativo e excessivamente *sistematizante*,

---

[1] Lider do grupo de estudo e de pesquisa “O elemento hermenêutico na jurisdição constitucional”. Professor do Programa de Mestrado Acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
[2] QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 35-39.
[3] QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 38.
[4] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976, p. 309-313.

aproximando-se do modelo de trabalho fundamentado em um sistema cuja lógica consiste no permanente processo de redescoberta dos preceitos normados, diante da crescente agitação dos valores em conflito na sociedade[5], tema que resgata, em boa medida, uma antiga preocupação de Eugen EHRLICH acerca das transformações do direito no Estado e na sociedade[6].

Nessa mesma linha, afirma Karl LARENZ que...

> O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há-de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às idéias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo algum, independentemente delas. É antes o resultado de um processo de pensamento em que todos os momentos mencionados, ou seja, tanto os “subjectivos”, quanto os “objectivos” hão-se estar englobados e, como já se apontou, nunca chega ao seu termo. Alguns referem o sentido normativo da lei através de uma reminiscência lingüística da teoria subjectivista, como “vontade da lei”. Mas uma vontade só cabe a uma pessoa ou, em todo caso, como vontade comum, a uma pluralidade de pessoas. A expressão “vontade da lei” encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo “em permanente reformulação” da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado determinante.[7]

Entende-se, mesmo assim, que a interpretação das normas jurídicas não pode ser deixada ao simples arbítrio do intérprete. Nessa medida, ainda quando direcionada ao desenvolvimento judicial do direito, a atividade decisória deve atender a certos critérios e métodos, mesmo além daqueles orientados pelo legislador histórico[8].

Desse modo, a crença nos limites à atividade hermenêutica ainda mantém o ideal de positivação ínsito ao fenômeno jurídico, como modo de controle da atividade judicante, para que esse agir não se transforme em mero voluntarismo do julgador.

---

[5] EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: EDUNB, 1986, p. 315-318.
[6] EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: EDUNB, 1986, p. 299-304.
[7] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 448-449.
[8] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego, 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450 e p. 519-620.

A determinação desses limites apóia-se, por certo, no critério da racionalidade como modo de legitimação da autoridade[9].

Prepondera ainda em nosso senso comum, é bem verdade, a idéia de que o elemento subjetivo do intérprete, quando de sua participação criadora do direito, tem em mira o adequado exame do objeto de suas incursões, que é a apreensão da realidade, e não sua criação[10]. O aplicador da norma, segundo essa percepção, não cria a realidade, mas a descobre ativamente, passando a construir modelos de decisão justa e temporalmente adequada, inclusive com o intuito de legitimar sua atividade de descoberta e construção em “padrões aceitáveis no marco de um Estado de Direito”[11]. Para tanto o hermeneuta deverá encontrar no sentido comum teórico dos juristas[12] e no devido processo legal os critérios de controle e legitimação dessa atividade, afastando o pernicioso voluntarismo, sem inibir sua criatividade, igualmente essencial para esse trabalho de constante legitimação do sistema jurídico.

A percepção de que o problema essencial da atividade hermenêutica está, *a priori*, no exame das condições em que ocorre a compreensão, pela relação que “se manifesta na forma da transmissão da tradição mediante a linguagem”[13], promove o deslocamento dessa indagação para o âmbito da filosofia, pois o tema está a requerer a formulação de raciocínios no âmbito tanto da fenomenologia hermenêutica quanto da chamada hermenêutica filosófica.

Cumpre assinalar que o vocábulo hermenêutica significa, originariamente, “*expressão* (de um pensamento); daí, explicação e, sobretudo, interpretação do

---

[9] BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta – Temas Políticos e Constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 32-33.
[10] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 22.
[11] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 22.
[12] WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. A crise do Direito numa sociedade em mudança. José Eduardo Faria (Org.). Brasília: EDUNB, 1988, p. 31-35.
[13] MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 332.

mesmo"[14]. Ao tratar da hermenêutica como filosofia prática, Hans-Georg GADAMER atribui ao vocábulo um "sentido atual"[15], afirmando que...

> [...] a hermenêutica antiga era, em primeiro lugar, um elemento prático da atividade de compreender e de interpretar mesmo e, freqüentemente, era menos um tratado teórico – que na Antigüidade se chamava precisamente "techne" – que um livro auxiliar prático. Os livros que levavam o título de "hermenêutica" tinham, na maioria das vezes, um caráter puramente pragmático-ocasional e ajudavam na compreensão de textos difíceis, mediante a clarificação das passagens que ofereciam dificuldades de compreensão. Porém, foi precisamente nos campos, em que os textos difíceis tinham que ser entendidos e interpretados, que também se desenvolveu primeiramente a reflexão sobre a essência desse mister, com isso surgiu algo assim como uma hermenêutica no sentido atual.

Devemos à fenomenologia hermenêutica de Martin HEIDEGGER o referencial filosófico sobre esse tema, cristalizado na declaração segundo a qual "a hermenêutica não é uma direção no interior da fenomenologia, nem algo que se lhe sobreponha: é um modo de pensar 'originariamente' a essência da fenomenologia"[16].

Está bem delineado na obra "Ser e Tempo"[17] que a hermenêutica não deve se ocupar da questão de como o ser pode ser interpretado. A premissa heideggeriana enuncia que "a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa".[18] É bem verdade que a fenomenologia do *Dasein* orienta a hermenêutica...

> [...] no sentido originário da palavra na forma em que se designa o interpretar, é interpretação ontológica mesma no sentido de uma analítica existencialidade da existência, porque em princípio e em geral os fenômenos não se dão, eles podem permanecer encobertos por nunca terem sido descobertos, desvelados (...). Dessa forma, ele submete a estrutura da hermenêutica tradicional a uma revisão à medida que a compreensão passa a ser o próprio modo de ser do *Dasein*, de tal forma que um problema só pode ser colocado pela

---

[14] MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 332.
[15] GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência. Trad. Angela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 61-62.
[16] MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 332-333.
[17] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 6.ed.Petrópolis: Vozes, 1997.
[18] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcante.Vol. I. 6.ed.Petrópolis: Vozes, 1997, p. 204.

> coisa mesma; o conhecimento não está no interior do sujeito, na *mens* que se relaciona com um objeto sem mundo.[19]

Nesse estrito sentido, a orientação filosófica de Martin HEIDEGGER pretende superar a própria fenomenologia de Edmund HUSSERL, ao relacionar a compreensão com a auto-compreensão[20], na medida em que suprime a dualidade sujeito-objeto.

A despeito dessas considerações, deve-se a Hans Georg GADAMER a afirmação de que a hermenêutica enfoca uma relação propriamente dita e não um determinado objeto, como, por exemplo, é o caso de um texto. Tal relação se manifesta na forma da transmissão da tradição mediante a linguagem[21]. Essa mesma linguagem é fundamental, não como um objeto em si, a ser compreendido e interpretado, mas sim como um acontecimento cujo sentido cumpre penetrar.

O pensamento de Gadamer é indispensável à determinação do significado constitutivo da pré-compreensão para o processo de compreensão historicamente balizado, sendo inquestionável a profunda repercussão desse paradigma na hermenêutica jurídica, notadamente na concepção hoje usual no sentido de que "compreender é sempre aplicar e que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação"[22].

No âmbito da Hermenêutica Constitucional, que é o cerne deste trabalho, é bom salientar a necessária distinção entre as normas constitucionais e outros

---

[19] SILVA, Kelly Suzane Alflen da. Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 81.

[20] Como se sabe, a fenomenologia de HUSSERL está assentada na visão segundo a qual "a intencionalidade é um movimento da consciência que pode ser considerado a partir de dos pontos de vista distintos, a saber, progressivamente do sujeito ao objeto e reflexivamente do objeto ao sujeito". [...] Assim, em Ideen zu einer reiner Phänomenologie, I, e também na obra Certesianische Meditationem, ele segue um ponto de vista fenomenológico-transcendental pelo qual, partindo imediatamente da consciência viva desvelada, mostra como esta constitui, por meio da diversidade de seu vivido hylético, a unidade de sentido noemático. Em Die Krisis der europäischen Wissenschaften e em Formale und transzendentale Logik, ao contrário, ele segue um ponto de vista fenomenológico-descritivo pelo qual, partindo da descrição do objeto da experiência reduzida, remonta, etapa por etapa, do noema à noese e da noese ao ego." Cf. MURALT, André. A metafísica do fenômeno. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 112.

[21] MURALT, André. A metafísica do fenômeno. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 112..

[22] Prefácio da obra Interpretação Constitucional (COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997), por Gilmar Ferreira MENDES, p. 12-13.

preceitos que compõem um sistema jurídico. É bem verdade que tanto as normas infraconstitucionais quanto os preceitos normativos constitucionais se referem a temas substancialmente idênticos, com a mesma estrutura deôntica. Isso não obstante, no que se infere aos aspectos externos, como a função que exercem no ordenamento jurídico, bem como à estrutura normativo-material de cada qual, podemos estabelecer importantes distinções entre ambas.

Encontra-se bastante difundida entre nós a ideia de que a Constituição engendra o que podemos significar como o "direito positivo" de uma comunidade política. Aqui entenda-se: o estatuto jurídico dessa coletividade, ou mesmo, "*un diritto positivo della comunitá precedente il diritto posto dal legislatore*"[23].

Assim, por ter mesmo essa ambivalência, na órbita de sua expressão política e jurídica, ora funcionando como instrumento de limitações e diretrizes da atuação do Estado, ora como estatuto político fundante dessa comunidade, estabelecendo o fundamento legítimo de sua autoridade e legitimador da atuação individual dos cidadãos ou da própria coletividade[24], a Constituição é também norma jurídica dotada, por isso mesmo, de textura normativo-material distinta dos demais preceitos que integram o ordenamento jurídico no âmbito infraconstitucional.

Nessa linha de ideias, a norma constitucional é, por excelência, aberta e fragmentada. A ambivalência anotada por Maurizio Fioravanti[25] ocorre ao lado da acentuada polissemia dessas normas, que acabam por denotar significados múltiplos, sendo inegável a existência de dúvidas, na doutrina especializada, acerca da possibilidade de obtenção de respostas corretas em situações jurídicas controvertidas. Vale lembrar que ainda estamos diante de um sistema normativo constitucional composto por regras e princípios, com tendência principialista, como foi pensado, muito embora sob critérios distintos, dentre outros, tanto por Ronald Dworkin[26], quanto por Robert Alexy[27].

---

[23] FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione – Materiali per uma storia delle dottrine costutizionali. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 197.

[24] FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione – Materiali per uma storia delle dottrine costutizionali. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 197.

[25] FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione – Materiali per uma storia delle dottrine costutizionali. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 197-198.

[26] Nesse âmbito, anote-se 1) o ceticismo de Herbert HART acerca das possibilidades normativas dos princípios à vista de seu sistema fundamentado na regra social de reconhecimento, visível no âmbito de sua tese discricionária

A atividade interpretativa constitucional, portanto, deve pressupor um constante processo de concretização da própria norma[28], à vista de sua aplicação a um caso concreto, conservando assim sua pretensão de eficácia e legitimidade.

Mostra-se evidente, por esse viés, que a atividade jurisdicional acaba por determinar um autêntico processo de densificação *da norma* constitucional, pois a função de interpretar a Constituição impõe ao seu aplicador a busca de um resultado constitucionalmente justo, afirmando-se, portanto, como um "*contra-poder* exercido por uma magistratura técnica e independente, a um tempo, do governo e do parlamento"[29].

A interpretação passa a ser, nesse contexto, o modo de operar a concreação criativa do que se encontra essencialmente aberto e carente de densificação, e assim, a atividade interpretativa acaba por atribuir à norma sua própria eficácia dotada de exiquibilidade.[30]

Para alcançar os desideratos que lhe são próprios, vários são os métodos adotados pela hermenêutica constitucional, valendo salientar, mesmo que brevemente, alguns dos que ainda são tratados pela doutrina constitucional. Em breve síntese, vale destacar inicialmente o método jurídico, ou hermenêutico clássico, de inspiração civilista e forte influência do individualismo burguês do Século XIX, de Friedrich Carl Von Savigny[31]. Essa linha de trabalho permite associar a interpretação da Constituição aos mesmos critérios adotados em relação à interpretação das leis. Diante dessa perspectiva, o sentido da norma pode ser

---

forte (HART, Herbert. O conceito de direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: 1994, p. 111-121; 155-168 e 335-339 e 2) o questionamento feito por Ronald DWORKIN acerca da possibilidade de existência de respostas corretas para situações jurídicas controversas (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175-266).

[27] ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. Ratio Juris, v.13, n.13. September 2000. p. 294-304.

[28] QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 121-137.

[29] QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 135.

[30] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales, Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 126-127.

[31] SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema del Derecho Romano Actual. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Tomo I, p. 188.

desvendado pela adoção dos elementos interpretativos, quais sejam: filológico (literal, gramatical, textual), lógico (elemento sistemático), histórico, teleológico e genético.

O método tópico-problemático opõe-se ao método clássico, buscando remediar a insuficiência de suas regras de interpretação. Fundado em um caráter essencialmente pragmático, a *tópica* pretende estabelecer um processo aberto de argumentação, à vista do caráter fragmentário e indeterminado da Lei Maior, para mostrar-se como uma verdadeira arte de invenção dentro das várias possibilidades advindas da polissemia do texto constitucional. Inspirado em técnicas pragmáticas da aplicação da lei, e ainda, parafraseando a terceira parte dos Tratados da Lógica de Aristóteses (*Organón*), Theodor Viehweg[32] vislumbrou esse peculiar método de desenvolvimento do Direito pelos juristas.

O método hermenêutico concretizador busca obter o sentido do texto normativo pela pré-compreensão de seu intérprete, que se manifesta como um ente criador, quando da descoberta do sentido do texto constitucional, pois nessa órbita "a experiencia jurídica, sobretudo se considerada do ponto de vista do juiz, tende a ser encarada como uma sucessão contínua de significados linguísticos em processo de mutação".[33] No método científico-espiritual "busca-se uma ordem de valores subjacentes à Constituição, assim como o sentido e a realidade que esta norma como elemento do processo de integração comunitária"[34]. Já no método normativo estruturante, coloca-se o texto positivo apenas como parte da descoberta do *iceberg normativo* de Friedrich Müller[35] pois o intérprete deve considerar não só os elementos normados, mas aqueles resultantes da interpretação do programa normativo e da investigação do domínio normativo, que é o texto e a realidade social passível de conformação.

---

[32] VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
[33] QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 151.
[34] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 90.
[35] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 183.

Finalmente destacam-se: a) o método concretista da constituição aberta, teorizado na Alemanha por Peter Häberle[36], que, influenciado pela tópica, estende o processo interpretativo a todos os cidadãos e não mais, tão-somente, ao corpo clássico de intérpretes da hermenêutica tradicional e b) o método estrutural funcionalista[37] que, advindo da denominada "Policy Oriented School of Jurisprudence", propugna que a Suprema Corte, além dos critérios e métodos usuais de trabalho jurídico constitucional, poderá atuar no sentido de promover a evolução ou a transformação da sociedade, tendo como referência a aplicação de princípios de justiça ou mesmo de enunciados de natureza política[38].

Existe hoje, no entanto, a clara inclinação do senso comum dos juristas no sentido de que não há como eleger-se, dentre os existentes, o método hermenêutico mais justo e adequado, devendo-se ver na interpretação constitucional um conjunto de métodos reciprocamente complementares, inseridos em um caráter unitário da atividade interpretativa[39].

Assim, sob essa ótica, diante dos mais variados métodos de trabalho, o intérprete deve atualizar a Constituição, apreendendo-a e conectando-a historicamente ao seu tempo.

Sobre a interpretação de uma determinada norma jurídica, em linhas gerais, há também a necessidade de refletir a respeito do problema próprio à interpretação em geral que é, sobretudo, uma atividade intelectual que tem por escopo viabilizar a aplicação de preceitos normativos dotados de abstração e de generalidade, a situações concretas de nosso mundo vivido, operando-se, desse modo, a eliminação da distância entre o preceito normado e o caso concreto[40].

Nessa ordem de ideias, apreender o objeto – compreender o significado e a extensão dos efeitos decorrentes da norma jurídica – já é aplicá-la. Para a

---

[36] HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
[37] QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 145.
[38] McDougal, Myres S.; Lasswell, Harold D.; and Reisman, W. Michael, "The World Constitutive Process of Authoritative Decision" (1967). Yale Law School, Faculty Scholarship Series,1967, p. 253-300.
[39] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 89.
[40] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

compreensão do conteúdo da norma é necessário criticar-lhe o texto, sendo que por tal razão não mais se sustenta o entendimento segundo o qual só um texto legal obscuro e flagrantemente lacunoso – de difícil compreensão ou impreciso – careça de interpretação.[41]

Além dos contornos imprecisos dos textos legais aparentemente claros, não se pode perder de vista ainda a variação do significado das palavras segundo sua posição na frase ou o conteúdo do discurso ali contido. É preciso laborar com cautela, procurando eliminar as aparentes ou efetivas contradições do texto legal, para harmonizá-lo ao ordenamento jurídico como um todo, perfazendo assim a diretriz de sua coerência.

Para esse propósito, é notória a histórica importância da dogmática jurídica, bem como da jurisprudência, a primeira estabelecendo os critérios determinantes da interpretação e, a segunda, conciliando a disposição conformadora do texto legal com a problemática da realidade conformada[42]. Assim, por esse viés, o Juiz deve subordinar sua atividade julgadora (e, portanto, interpretativa) à exigência da correção (razão suficiente do conhecimento) dos resultados, tendo em vista não apenas a correção lógico-formal, mas também a correção material dos seus modelos de decisão[43].

Sob esse prisma, deve-se ter na atividade interpretativa, antes, um processo sobre o qual pendem pretensões de cientificidade, pois trata-se de uma atividade passível de controle, e não meramente uma arte de invenção como pretenderam os teóricos do pensamento problemático.

O segundo passo para o estabelecimento de uma ideia adequada sobre a interpretação dos preceitos normativos deve ser dado tendo-se em conta sua textura formal. Os dispositivos legais infraconstitucionais, por exemplo, adotam estrutura formal mais fechada e exaustiva, na tentativa de estabelecimento de tipos legais ou de suportes fáticos hipotéticos[44] mais abrangentes, visando à adoção de um modelo

---

[41] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.
[42] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358.
[43] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.
[44] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3-35.

de segurança. Tal modelo conceitual sistemático lógico-dedutivo deve propiciar, na lógica de quem o defende, uma visão satisfatória do sistema positivo, para a compreensão do fato jurídico como um fenômeno que decorre da incidência de uma norma legal, facilitando a descoberta de uma decisão para o caso particular.

A crítica ao sistema lógico conceitual, no entanto, parte do pressuposto de ser ele insatisfatório, por não propiciar um modelo decisório justo para o caso concreto. Como solução, propugna-se a análise do caso por si mesmo. Sondam-se primeiramente as soluções possíveis, sem partir de um molde sistemático previamente estabelecido, deixando aflorar a sua problemática, para somente depois examinar-se se a lei teria adotado tal solução. Não sendo isso possível, a solução ao caso deveria ser tirada, na medida do possível, do próprio caso, procedendo-se a uma ponderação das possibilidades de solução, mediante o exame dos argumentos apresentados para tanto.

O núcleo do pensamento problemático é a busca do resultado justo, sem que se deva ter por parâmetro, necessariamente, a norma jurídica[45]. Para Theodor Viehweg, a descoberta da decisão para o caso deve respaldar-se em critérios ético-juridicos e não necessariamente na via sistemático-dedutiva, pois a tópica é, em verdade, a "*techne* do pensamento que se orienta para o problema"[46].

Vale salientar que a ideia de *topoi* argumentativo[47] não é nova na história do conhecimento humano. Convém insistir ainda que os *topoi*, em sua versão semântica já assimilada pelos juristas, são pontos de vista que têm validade geral, servindo para a ponderação dos prós e contras a respeito das opiniões, a fim de conduzir o ente pensante à verdade. Por esse método, os raciocínios são formados sem a ênfase em nexos dedutivos fortes e se encontram respaldados não em um único, mas em uma pluralidade de sistemas, sem requerer necessariamente a compatibilidade com um sistema total[48].

---

[45] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358.
[46] WIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: EDUNB, 1979, p. 33.
[47] Aristóteles. Tópícos. Porto Alegre: Victor Civita, 1973. Coleção Os pensadores.
[48] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358. Para Theodor Wiehweg (Tópica e Jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: EDUNB, 1979, p. 34-35), "a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua compatibilidade a partir de

Levada às últimas consequências, a tópica jurídica embasa-se em toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa desempenhar alguma função nas abordagens de problemas jurídicos, independentemente de sua natureza.[49]

Os critérios hermenêuticos brevemente expostos merecem ser ainda contrastados com as diretrizes doutrinárias de Ronald Dworkin que, embora reconheça não ser "a interpretação [...] realmente diferente da criação"[50], aduz que "o próprio texto é o produto de julgamentos interpretativos", afirmando ainda que os critérios interpretativos usualmente utilizados não podem ser objetivamente avaliados, sujeitando-se, isso sim, apenas a "reações subjetivas diferentes dos intérpretes"[51]. O autor ainda verbera que "toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nestas áreas é um embuste"[52].

Somam-se a essas as críticas no sentido de que o método tópico-problemático – e suas variações –, embora embasado no critério da ética, não representa respostas para a insuficiência dos critérios da hermenêutica clássica. Mesmo se partirmos da premissa de que esses critérios já não correspondem ao momento histórico, político, e social em que vivemos, não menos verdadeira pode ser a constatação de que o apelo a critérios metajurídicos pode muito bem servir como justificativas para o arbítrio na tomada de decisões.

Nesse particular, é digna de nota a visão de Paulo Bonavides no sentido de que a atual compreensão dos juristas acerca da hermenêutica constitucional "facilita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se divorciam, por essa via evasiva, da rigidez dos cânones constitucionais" [53]. Afirma ainda Bonavides que...

> [...] "muitos têm visto na hermenêutica dos tribunais que se valem desses métodos, uma volta pura e simples a uma interpretação

---

um sistema. Os sistemas (aqui no sentido de deduções) podem ser de pequena ou de ínfima extensão".

[49] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358-359.

[50] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253.

[51] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253.

[52] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes: 1999, p. 55-60.

[53] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 442.

> subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários ou das formas políticas que emergem de um espasmo revolucionário e fazem do novo direito a base constitutiva do ordenamento social reformado, com assento em uma constituição que lhe serve apenas de respaldo formal."[54]

Por outro lado, é também inquietante a percepção de que nas sociedades democráticas o critério concretista da Constituição Aberta, propugnado por Häberle[55], servirá ao propósito da preservação das liberdades garantidas pela Constituição, não sendo isso possível, no entanto, segundo Paulo Bonavides, em um ambiente de completa "desorganização da consciência jurídica e de impotência normativa da lei"[56].

Além disso, deve ser ressaltada ainda a afirmação de Paul Ricoeur a respeito da influência do pensamento de Gadamer no sentido de privilegiar "a consciência histórica e a questão das condições de possibilidade das ciências do espírito"[57], orientando a filosofia hermenêutica "para a reabilitação do preconceito e para a apologia da tradição e da autoridade"[58].

A crítica corrente à denominada "nova interpretação constitucional"[59], epíteto atribuído ao atual estágio da experiência hermenêutica vivenciada pelas cortes constitucionais, é no sentido de que, nesse âmbito, os juristas-intérpretes acabam por inserir, nos textos das respectivas decisões, variados conteúdos axiológicos, muitos dos quais de natureza eminentemente política, em virtude de seu apelo social, o que potencialmente acarretaria o empobrecimento da consistência jurídica da Constituição normativa[60]. Quanto ao mais, os critérios hermenêuticos excessivamente abertos e fundamentados em preceitos metajurídicos conferem ao

---

[54] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 442.
[55] HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
[56] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 472.
[57] RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. 4.ed. Rio de Janeiro: 1990, p. 105.
[58] RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. 4.ed. Rio de Janeiro: 1990, p. 105.
[59] Nesse sentido igualmente, examine-se BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
[60] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: 1994, p. 14-17.

juiz um poder excessivo, e, nessa órbita, são inegáveis as indagações a respeito da criação de situações de usurpação, pelo Poder Judiciário, de atribuições do próprio Poder Constituinte originário ou derivado, passível de gerar abalos à ordem jurídica[61].

Com o apontado sacrifício da juridicidade das decisões assim proferidas, e ainda, diante da generalizada percepção dos juristas acerca da pretensa "decadência do positivismo jurídico"[62], há de se ponderar a ocorrência de significativos prejuízos ao controle jurídico da decisão, o que pode redundar, inclusive, em perigoso servilismo do Poder Judiciário em relação às outras esferas do Poder Político[63].

Esse tema traz a exame também o persistente problema da politização das decisões judiciais. Diante das peculiaridades do trabalho hermenêutico jurídico, há que se cogitar, por certo, a respeito dos critérios extrajurídicos, políticos-sociais ou ético-políticos de decisão utilizáveis pelo juízes para a tomada de suas decisões, diante da grande variável de opções deontológicas oferecidas pelas normas legais, pois "o resultado de uma interpretação jurídica só pode ser a determinação da moldura que oferece o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que existam dentro desta moldura"[64]. Nessa perspectiva, a solução ao problema apresentado pede a adoção de normas extralegais respaldadas em juízo de valor político impregnado de "normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumam designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc"[65].

---

[61] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 472.

[62] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.

[63] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 472.

[64] CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 17.

[65] CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 17.

Daí as conclusões, agora frequentes na literatura jurídica, no sentido de que a criatividade na escolha dos métodos interpretativos mais adequados ou no próprio curso do raciocínio jurídico, evidencia mais uma "justificação política ou moral"[66] das opções feitas pelo julgador e menos uma fundamentação calcada em critérios técnicos respaldados em um modelo lógico subsuntivo.

Das repercussões desse tema no quadro metodológico do direito, sem olvidar da contribuição teórica de Friedrich Müller[67] a respeito da possibilidade de explicação crítica e científica dos fenômenos jurídicos por meio de uma "metódica jurídica criticamente reelaborada"[68], ganha ainda relevo o tema da "politização da metódica jurídica"[69], que vê no jurista político a condição necessária para a existência de uma nova "sociedade política de contínua mutação social e politicamente constituenda"[70], isso tudo a implicar em uma teoria política do direito, esta fundamentada no paradigma da "politização do direito e dos juristas"[71].

Essa manifestação de matiz crítico mostra-se presente sobretudo em movimentos intelectuais como o *Critical Legal Studies Movement* norte-americano, conhecidamente respaldado na premissa de que a concepção do direito segundo um modelo de sistema normativo não passa de um instrumento de controle social e manutenção de injustiças sociais, servindo-se de um contexto ideologicamente estruturado[72] que varia de acordo com a vocação político-ideológica do Juiz[73], posicionamento esse que acabaria por interferir em suas estratégias de escolha de

---

66 SANCHIS, Luis Pietro. Ideologia e Interpretación Jurídica. Madrid: Tecnos, 1993, p. 109-113.

67 Na monografia Politisches Juristiche Methodik und System, 1976, apud CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 21-25.

68 CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

69 CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

70 CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

71 CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

72 BOYLE, James. Critical Legal Studies.Cambridge: University Press, 1992.

73 KENNEDY, Dunkan. A critique of adjudication. Cambridge: University Press, 1997,p. 148.

argumentos e justificação de suas decisões, ou mesmo nos critérios de interpretação da norma jurídica[74], vista ora como instrumento de legitimação da ideologia[75], ora como um sistema de símbolos e rituais que objetivam estabelecer a imposição da autoridade estatal[76]. Outra vertente digna de nota é a que se refere ao âmbito da "jurisdição constitucional" norte-americana. Para Ronald DWORKIN[77], por exemplo, existe uma distinção fundamental entre o Juiz historicista e o passivo, aquele profundamente sensibilizado com os argumentos políticos da equidade, integridade do processo político e estabilidade do direito; este bastante obsequioso em relação às decisões de outros poderes do Estado.

É importante notar ainda a percepção de Dworkin no sentido de que a opção do magistrado quanto ao conteúdo ideológico-político e deontológico[78] de sua decisão está diretamente relacionada à escolha dos critérios utilizados para a eleição dos métodos hermenêuticos constitucionais. Ao que parece, a apreciação crítica de Dworkin sobre o "Juiz Hércules" e seu "*Law as integrity*", remete-nos ao problema da própria possibilidade de estabelecimento de critérios para a elaboração das decisões das cortes constitucionais. Embora o autor não acredite na possibilidade de obtenção de resultados estritamente objetivos no âmbito da interpretação constitucional, inclina-se pela valoração das "condições favoráveis à reflexão"[79], sendo inequívoca sua preocupação com o "sentido dos julgamentos interpretativos"[80] e com a possibilidade de compartilhamento, pelo senso comum, das "convicções interpretativas de cada tipo"[81].

Algumas questões parecem ficar sem resposta, no entanto, no âmbito da apreciação feita por Dworkin, justamente quando indagamos a respeito do critério de

---

[74] KENNEDY, Dunkan. A critique of adjudication. Cambridge: University Press, 1997, p. 186-188.
[75] BOYLE, James. Critical Legal Studies. Cambridge: University Press, 1992, p. 129.
[76] BOYLE, James. Critical Legal Studies. Cambridge: University Press, 1992, p. 131.
[77] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 430 - 445.
[78] BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400-407.
[79] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 258.
[80] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 252.
[81] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 257.

validade das decisões judiciais e de onde emana o poder conferido à magistratura para proferir suas decisões.

Vale notar ainda a observação de Jürgen Habermas no sentido de que realismo norte-americano, na linha reflexiva do *Critical Legal Studies*, anteriormente mencionada, acabou por abalar as bases dos três dogmas que sustentam a tradicional teoria do direito moderno, quais sejam: 1) a existência de direitos subjetivos, 2) a possibilidade de solução de conflitos de interesses de acordo com um modelo lógico subsuntivo e 3) a racionalidade dos juízos feitos pelos tribunais[82].

A orientação de Dworkin, no entanto, nos afasta desse ceticismo ao apostar na possibilidade de diminuir a vulnerabilidade dos tribunais e também ao pretender lidar com a indeterminação de seus critérios de julgamento por meio da escolha de parâmetros deontologicamente orientados, inclusive como valores necessários à atividade interpretativa[83] que atribuem, como se sabe, um peso maior aos direitos indisponíveis em relação aos "bens coletivos e determinações de objetivos políticos"[84]. Mostra-se necessária, para tanto, a formulação de argumentos jurídicos mediados pela crítica à teoria do direito e às decisões judiciais do passado. Essa visão crítica serviria ao propósito de aprimorar o delineamento dos argumentos jurídicos adotados em uma decisão judicial, a fim de depurá-los, tanto quanto possível, dos interesses, enfoques políticos, parcialidade ideológica, ou outros fatores subjetivos.

A atividade dos juízes, nesse viés, deve consistir no desenvolvimento da "melhor teoria possível"[85], com a reconstrução racional da "história institucional da ordem jurídica"[86], servindo-se de uma interpretação reconstrutiva fundamentada em

---

[82] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 265.
[83] BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400.
[84] BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 266.
[85] BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 266.
[86] BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 266.

critérios racionais, a se embasar em indícios históricos do próprio direito existente e nos marcos históricos do Estado democrático de direito[87].

As ponderações precedentes dirigem-nos ao problema de identificar esses critérios de racionalidade na atividade hermenêutica. A questão mereceu profunda meditação por parte de Jürgen Habermas, principalmente a partir do célebre debate filosófico mantido com Hans-Georg Gadamer[88].

A polêmica centra-se, primeiramente, no tratamento que Gadamer e Habermas dão à função crítica do pensamento. Para Gadamer a razão crítica está vinculada ao ente que dela se utiliza (*Dasein* de Heidegger), ou seja, o ser que aí está, porém inserido no mundo da tradição e da linguagem. É bem verdade que após o início do debate com Habermas, Gadamer enfatizou a subordinação dessa mesma razão crítica a uma experiência lingüística de caráter universal[89], fundamentada na pressuposição de que o exercício lingüístico é procedido em um *jogo* baseado em compreensão e acordo, um *δια-λογοσ*, fruto do reconhecimento dos pré-juízos e da tradição. Tal diálogo, nessa linha de pensar, não se dá fora do âmbito histórico. A hermenêutica, assim, mostra-se indene da aprovação ou legitimação de tudo o que se compreende, ocorrendo a crítica na própria dinâmica hermenêutica, que a torna imanente a todo o processo dialógico.

Outro aspecto importante do pensamento de Gadamer é o que diz respeito à universalidade da hermenêutica especulativa[90]. A partir do "eu" e do "mundo", pressuposições de uma ontologia heideggeriana fundamentada na historicidade, a linguagem é Caracterizada como um "meio especulativo", sendo que o próprio "reflexo subjetivo no falar", o "sentido que vem à fala", aponta para uma "estrutura ontológica universal"[91]. A compreensão, nesse sentido, volta-se para tudo aquilo que seja uma constituição fundamental, operada na reunião do "eu" e do "mundo" pela

---

[87] BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 267.
[88] HABERMAS, Jürgen, Dialética e Hermenêutica – para uma crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.
[89] ORAA, José Maria Aguirre. Pensar com Gadamer e Habermas. Braga: Revista Portuguesa de Filosofia, 2000, p. 497.
[90] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612-615.
[91] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 613.

linguagem. Assim, "o ser que pode ser compreendido é linguagem"[92], ou, em outras palavras, tudo aquilo que pode ser compreendido acerca do *ser* (finito, na historicidade), se dá na *linguagem*[93], que "constitui-se no modo fundamental de realização de nosso ser-no-mundo, a forma de constituição de mundo que tudo envolve"[94].

Assim, é na estrutura ontológica universal que ocorre a compreensão que se volta para tudo aquilo que seja de uma constituição fundamental, que se constitua na reunião do *eu* e do *mundo* pela linguagem.

A universalidade hermenêutica está, dessa feita, fundamentada em uma compreensão não ensinada metodologicamente. O entendimento se dá, no contexto social, pela mediação da linguagem, em uma comunidade de diálogo que compartilha as experiências de mundo dos sujeitos que participam dessa relação. O diálogo, que ocorre na história, provém da tradição, e, os pré-conceitos e pré-juízos nele contidos devem sempre ser considerados em uma compreensão autêntica[95].

Nessa perspectiva, vale insistir que a hermenêutica não se fundamenta em um método e seu trabalho pretende desviar-se das armadilhas cartesianas e do monismo lingüístico que dominou o discurso científico dos Séculos XVIII e XIX. A intenção de todo o conhecimento, em verdade, não pode conduzir a uma pretensa objetividade, sendo que a reflexão ocorre na relação original que temos com o mundo[96].

Tais enunciações demonstram que o pensamento de GADAMER procurou evitar tanto o falso metodologismo, "responsável pela estranheza do conceito de

---

[92] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.
[93] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.
[94] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.
[95] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 614.
[96] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 614.

objetividade nas ciências do espírito[97]", quanto o "espiritualismo idealista de uma metafísica da infinitude, ao modo de Hegel"[98].

A crítica de Habermas à pretensão de universalidade da hermenêutica[99] parte justamente da análise da natureza e da pertinência da hermenêutica filosófica[100], sobretudo pela explicação do desenvolvimento dos conhecimentos da estrutura das linguagens naturais a partir do uso reflexivo da competência comunicativa[101].

A questão ventilada por Habermas a respeito da universalidade da hermenêutica refere-se ao pressuposto ontológico da compreensão prévia firmada na tradição, ou consenso prévio. Para tanto, o filósofo avalia o pressuposto gadameriano de que todo o consenso foi estabelecido com segurança por uma tradição convergente, que é objetiva em relação a nós, obtida por meio do consenso – sem violência, portanto –, sendo que qualquer mecanismo de avaliação prévia nos proibiria de contestá-lo. A partir da consideração de que o consenso prévio pode ser obtido por intermédio da pseudocomunicação, fruto da comunicação sistematicamente distorcida e da força contínua, e não propriamente da compreensão mútua, é necessária a ressalva, ao nível principiológico, acerca do "entendimento ou acordo universal e livre de dominação"[102] a fim de diferenciar "o reconhecimento dogmático do verdadeiro consenso"[103].

---

[97] BLEICHER, Josef. Hermenêutica Contemporânea. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 261.
[98] BLEICHER, Josef. Hermenêutica Contemporânea. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 261.
[99] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.
[100] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 26-30.
[101] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 27.
[102] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 67.
[103] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 67.

Para Habermas, a compreensão hermenêutica "alargada para a crítica" não pode ficar atrelada ao sistema da convicção vigente, sendo que "o esclarecimento (*Aufklärung*), que produz uma compreensão radical, é sempre político"[104].

Diante dessas premissas, é lícito concluir que a hermenêutica filosófica, segundo Habermas, se apresenta com um *déficit* crítico, limitando-se a examinar o problema da possibilidade da compreensão, sem cuidar da questão da validade crítica do sentido. Em verdade, esse critério de validade transcende o nível da compreensão, atingindo a questão da fundamentação dos argumentos constitutivos da própria reflexão crítica, sem perder de vista a pergunta sobre seus limites[105].

Ora, partindo-se da premissa de que o direito contém juízos de valor no sentido axiológico-normativo, devemos indagar criticamente a respeito do fundamento normativo da interpretação feita pelo jurista.

Fica claro, diante desses pontos de partida fundamentados no pensamento de Habermas, que a função da hermenêutica filosófica deve ser a de viabilizar uma reflexão emancipadora do juízo decisório e legislativo procedido pelo magistrado, ao analisar o trajeto histórico do processo linguístico de construção das verdades aceitas pela tradição, libertando-nos das armadilhas da comunicação distorcida.

A realização do direito não pode prescindir, assim, da análise e compreensão do processo histórico de compreensão prévia, precatando-nos contra a construção de uma linguagem jurídica prenhe de "pré-juizos" obtidos a partir de um contexto simbólico distorcido, quer pelas crenças incutidas pela linguagem "científica" do direito, quer pelas vias da violência institucionalizada.

Embora não possa a hermenêutica filosófica auxiliar-nos quanto ao fundamento de validade das decisões judiciais, pode, por certo, conduzir-nos à transcendência crítica aos próprios fundamentos axiológicos e normativos da intencional e válida constituição histórica do direito, "ao seu próprio e fundamentante

---

[104] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 68.
[105] CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise atual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 61.

poiético sentido de validade axiológico-normativa"[106]. Não se pode negar, com efeito, após a histórica decadência do modelo lógico-subsuntivo, legado pela cultura jurídica moderna européia, a constatação de que os conteúdos jurisprudenciais inovadores e construtivos, dotados de eficácia normativa, levam em conta, não a subsunção ao direito positivado, mas a submissão a valores ético-sociais, originados precipuamente na órbita da política. Nessa seara, a escolha política dos critérios de valor deve ser mediada pela uma atividade hermenêutica crítica que permita avaliar suas balizas históricas de legitimidade.

Esse, por certo, o elemento preponderante do pensamento de Habermas, que se mostra essencial em sua crítica a Gadamer. É conveniente aqui lembrar que a razão comunicativa habermasiana[107] está respaldada em uma ética do discurso, pressuposta na cooperação intersubjetiva em busca do consenso, no contexto da guinada lingüística. Esse consenso visa ainda a viabilizar a tomada de uma ação que tem por fundamento o saber respaldado na mudança de mentalidade que esteja, ao mesmo tempo, voltado para o consenso entre os sujeitos de uma comunidade política.

A partir do delineamento da pragmática universal, mostra-se viável a elaboração do que podemos designar de "razão social", que irá desempenhar sua função por meio de estruturas de conhecimento sobre o mundo da vida, o que será coordenado pelo próprio agir comunicativo. Esse agir, por sua vez, está voltado para o entendimento mútuo.

Dessa feita, o esclarecimento ainda representa o caminho que leva à emancipação humana, o que se dá por intermédio da reflexão, viabilizada pela própria atividade crítica. Esse fenômeno se mostra possível por meio da dialética como atividade estritamente racional. A busca da verdade em um processo dialógico resgata, por certo, o ideal platônico da dialética[108] como o objeto supremo da própria filosofia. Isso denota ainda a importância do agir socrático, no sentido de

---

[106] CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise atual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 67.
[107] HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, Tomo I - Racionalidad de la acción y recionalización social; Tomo II – Crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jimenez Redondo. México: Taurus, 2003.
[108] PLATÃO, República: VI, 509 e; VI, 511 b; VII, 534 b; VII, 537 c, Fedro, 265 d.

desconstituir as falsas representações dos sujeitos pensantes. Ainda assim, a maiêutica, ou parturição das idéias[109], permite conduzir o interlocutor ao encontro de si mesmo para, dessa forma, levá-lo a pensar como quem se cura.

Essa potencialidade emancipadora da racionalidade foi recobrada por Habermas ao discernir sobre as ciências histórico-hermenêuticas e as ciências críticas. Na medida em que a atividade racional objetiva a compreensão de sentido sobre os enunciados produzidos pelo labor humano, e não a mera observação, a auto-reflexão propugnada pelas ciências críticas vai além, para avaliar as manifestações do sujeito que são indiscerníveis para ele mesmo, o que permite, consequentemente, determinar o aspecto crítico do conhecimento[110].

Tais ciências têm como nascedouro o próprio mundo da vida e se realizam por meio de uma ação social que afirma o ideal de liberdade por intermédio da razão, a razão comunicativa.

Isso é bastante visível na afirmação de Habermas no sentido de que:

> [...] A necessidade de regulamentação não se esgota em situações problemáticas que exigem um uso moral da razão prática. O *medium* "direito" também é solicitado para situações problemáticas que exigem a persecução cooperativa de fins coletivos e a garantia de bens coletivos. Por isso, os discursos de fundamentação e de aplicação precisam abrir-se também para o uso pragmático e, especialmente, para o uso ético-político da razão prática. Tão logo uma fundamentação racional coletiva de vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas do auto-entendimento e da compreensão de interesses.[111]

Deve-se investigar, então, se a reflexão habermasiana pode nos libertar "de qualquer ideologia ou preconceito"[112], ou se a consciência emancipatória que decorre da razão "é livre da tradição, da autoridade e da obediência"[113], ou mesmo,

---

[109] AZEVEDO, Maria Theresa Schiappa. Da maiêutica socrática à maiêutica platônica. Coimbra: Universidade de Coimbra (Humanitas, Vol. LV/MMIII, p. 265 – 281), p. 278 – 279.
[110] HABERMAS, Jürgen. Knowledge and Human Interests. London: Heinemann, 1972.
[111] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194
[112] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica constitucional e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.
[113] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica constitucional e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.

em contrapartida, a presunção gadameriana de que "não pode haver comunicação nem reflexão sem assentimento anterior".[114]

Convém meditar ainda se a conduta hermenêutica balizada em uma razão que suplantou seus condicionamentos iluministas (Emannuel Kant[115]), pode orientar-se por critérios jurídicos objetivos e, portanto, controláveis, ao tempo em que resgata seu fundamento de justiça.

No intuito de compreender o posicionamento de Hans-Georg Gadamer acerca de tradição e do preconceito, convém atentar ao seguinte trecho de sua obra, bastante elucidativo a respeito desse tema:

> A reabilitação de autoridade e tradição. Este é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito de preconceito no *Aufklãrung*. O que, sob a idéia de autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica. Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso a questão de uma hermenêutica verdadeiramente histórica, a questão epistemológica fundamental, pode ser formulada: em que pode basear-se a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inúmeros preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda a razão crítica?[116]

Digna de nota também é a correlação feita por Gadammer entre a compreensão e o preconceito, bastante visível no seguinte trecho de sua obra:

> Assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos. No conjunto de nossa investigação, evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isto vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da

---

[114] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica constitucional e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.
[115] KANT, Immanuel Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? Kants Werke, Akademie-Ausgabe. Vol. III, p. 35.
[116] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 416.

> pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente.[117]

Eis a questão que toca em um ponto nuclear do trabalho filosófico de Habermas, retomando a relação existente entre a razão e o esclarecimento à luz do conceito de tradição:

> Ora, nós temos motivos para supor que o consenso de fundo das tradições enraizadas e dos jogos de linguagens habituais pode ser uma consciência integrada por coação, um resultado de pseudocomunicação, não só no caso particular dos sistemas familiares perturbados, mas também em sistemas de sociedade global. A liberdade de movimento de uma compreensão hermenêutica alargada para a crítica (*zur Kritik erweiterten*) não pode por isso ficar presa ao espaço de jogo tradicional das convicções vigentes. Já que uma hermenêutica de profundidade comprometida com o princípio regulativo do discurso racional tem de buscar, e pode encontrar, mesmo nas concordâncias fundamentais e nas legitimações reconhecidas, os vestígios histórico-naturais da comunicação perturbada, uma privatização de suas pretensões de esclarecimento e uma restrição crítica da ideologia ao papel de um tratamento institucionalizado na relação médico-paciente seriam inconciliáveis com seu ponto de partida metódico. O esclarecimento (*Aufklärung*), que produz uma compreensão radical, é sempre político.[118]

É inegável ainda que a proposta habermasiana para o estudo do direito e sociedade[119] ocupa-se da análise da legitimidade do direito. Em verdade, Habermas pretende lidar com um paradoxo, consistente no fato de que o direito não pode abrir mão dos preceitos normatizados, mas deve estar atento às balizas da moral vigente e comprometido com os valores éticos da eqüidade[120]. Daí a importância do discurso de Luhmann acerca da autonomia do sistema jurídico, mesmo que auto-regulado em relação à política e à moral[121]. As discussões sobre a natureza do sistema

---

[117] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 709.
[118] HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 68-69.
[119] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
[120] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 226.
[121] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito 1. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983, p. 15-30.

normativo, principalmente em Teubner[122] e Canaris[123], não ultrapassaram o círculo auto-referente do direito que "regula a sociedade regulando-se a si próprio"[124], nem a constatação - que, aliás, soaria estranha para o público leigo – de que "o sistema jurídico é aberto porque é fechado e é fechado porque é aberto"[125].

A crítica possível a respeito da legitimidade do direito, está, em boa verdade, em meio caminho entre a necessidade de abertura cognitiva do sistema normativo para que preserve sua legitimidade por meio de um diálogo com os valores morais e éticos reinantes no senso comum em vigor, e a necessidade de segurança e *neutralidade* na aplicação da lei, segundo um molde positivo, que deveria ser isento de *subjetivismos* e *voluntarismos*.

A utilização da razão comunicativa como instrumento para a tomada de decisões tecnicamente precisas e justas, por outro lado, parece esbarrar na ausência de esclarecimento daqueles a quem é incumbido o poder-dever de dirimir os conflitos de interesses intersubjetivos. Com efeito, é usual a afirmação no sentido de que...

> [...] nas frestas das decisões dos juízes, imiscuem-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos.[126]

Mostra-se necessário, então, aquilatar os aludidos *interesses não confessos*, muitos dos quais ainda incógnitos para o próprio juiz. Por certo, os modelos decisórios possíveis a partir do acontecimento de certos fatos jurídicos estão, muitas vezes, cercados de crenças, ilusões e auto-ilusões geradas pelo sistema estatal de normatização e organização da vida social, que não pode prescindir da autoridade e das normas.

---

[122] TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
[123] CANARIS, Klaus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
[124] TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXVII - XXVIII.
[125] TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p XXVIII.
[126] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 228.

As ideologias decorrentes do ideal Estado Democrático de Direito não deixam de esconder, por outro lado, a necessidade de manutenção de estruturas do poder social e suas conseqüências político-econômicas.

Assim, apenas para concluir esse breve excurso, pode-se ponderar que, na visão de Habermas, a Hermenêutica Jurídica, em especial a Hermenêutica Constitucional, está presa a um paradoxo pragmático, senão vejamos:

> A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. Um estado de coisas conforme a regra só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Uma norma “abrange” seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda a teoria do direito.[127]

É preciso então avaliar a proposição de HABERMAS no sentido de que:

> [...] a lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece por completo, sob uma descrição “realista” do processo de aplicação do direito.[128]

Desse modo, ao largo da indagação sobre a possibilidade de manutenção de critérios estritamente jurídicos do controle jurisdicional das decisões das supremas cortes, é importante ponderar a função e a relevância de sua fundamentação em critérios racionais. Nesse ponto, ainda, é relevante perguntar sobre o critério de racionalidade hermenêutica e, nesse sentido, é possível também indagar a respeito do papel da hermenêutica constitucional construtiva na definição dos *parâmetros axiológicos* a serem seguidos pelos juízes e qual a repercussão dessa prática no âmbito da divisão de poderes em um Estado democrático de Direito. Isso poderá, por certo, determinar qual será o papel da razão definir critérios legitimadores da

---

[127] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.
[128] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.

atividade judicante no âmbito do Direito Constitucional vigente e qual o lugar da racionalidade emancipatória nesse âmbito.

Com efeito, muito embora não possamos defender a possibilidade de uma autêntica epistemologia jurídica, mas também sem podermos aderir ao ceticismo metodológico de Paul Feyerabend[129], é inevitável, na presente quadra histórica, marcada por relativismos e indeterminações, a reflexão a respeito da possibilidade da delimitação de um panorama metódológico para o direito.

De qualquer forma, a reflexão atual sobre os métodos de atuação do trabalho jurídico, sem a censura dos anarquistas teoréticos, encontrou porto seguro nas teses de Habermas, como se depreende de suas obras Conhecimento e Interesse[130], Teoria e Práxis[131] e Consciência Moral e Agir Comunicativo[132].

Não é preciso muito esforço, no entanto, para constatar que a idéia de direito historicamente adotada em nossa sociedade está ainda assentada em uma visão construída segundo os moldes do positivismo jurídico[133]. Essa orientação, como já visto, propugna que os problemas acerca da interpretação e aplicação do Direito podem ser investigados diante de uma ótica formalmente rigorosa e objetiva[134], por meio da análise da linguagem jurídica da lei e suas significações. Ainda nessa linha de pensar, o ideal do positivismo ideológico está assentado na possibilidade de expungir, do contexto estritamente jurídico do texto legal, a inoportuna ingerência de argumentos subjetivos, fundamentados em preconceitos, ideologias, crenças etc[135].

Outra preocupação que tem ocupado a mente dos juristas é ainda a questão da garantia da segurança jurídica, prerrogativa política do cidadão partícipe de um Estado (democrático) de Direito. Daí decorre também o postulado da separação de poderes e a manutenção de um sistema de *checks and balances* entre estes.

---

[129] FEYERABEND, Paul. Contra o Método. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
[130] HABERMAS, Jürgen. Knowlwdge and Human Interests. London: Heineman, 1972.
[131] HABERMAS, Jürgen Teoria y Praxis. Estudios de filosofia social. Madrid: Tecnos, 1987.
[132] HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1989.
[133] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 135-140..
[134] WIACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 524- 535.
[135] NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 37-41.

Mostra-se visível também o temor presente, por exemplo, nas ponderações de Konrad Hesse, a respeito do perigo de que a hermenêutica constitucional possa importar na desconsideração do Estado de Direito, mesmo sob o argumento de reafirmá-lo, infirmando assim a própria força normativa da constituição[136].

Ao fim e ao cabo dessas considerações, insta ressaltar o cerne das ponderações filosóficas de Jürgen Habermas a respeito das possibilidades da filosofia dialética que, como se sabe, está respaldada em um novo conceito de racionalidade, indene dos paradigmas da filosofia da consciência, principalmente ao discernir sobre as ciências histórico-hermenêuticas e as ciências críticas[137]. Ao lado da filosofia tradicional construída sobre os fundamentos do positivismo, também a dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob a idéia de objetividade do direito e neutralidade de seu intérprete.

Ora, para o Positivismo Lógico[138], o método jurídico deve resultar estritamente da análise da linguagem verbal, qual seja a interpretação jurídica dos dados empíricos que se fundamentam em proposições normativas das quais se compõe o texto do legislador, que tem por objeto os enunciados lingüísticos objetivados nesse mesmo texto.

Nessa linha, enunciam-se postulados metódicos tais como: a) a pura racionalidade, entendida a razão como um dado analiticamente dedutivo e sistemático, que recusa a razão prático-retórica ou retórico-argumentativa; b) a neutralidade teórica, a garantir a segurança jurídica por meio da separação entre liguagem-objeto e metalinguagem, respaldada em dados teorético-analíticos; c) a objetividade, consubstanciada na idéia segundo a qual o sentido de um enunciado pode ser traduzido sempre em uma relação entre os sinais lingüísticos e os objetos do mundo, o que é válido tanto para as proposições assertóricas quanto para os enunciados normativos. Esses, a seu turno, são compostos por "um elemento

---

[136] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

[137] HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

[138] Decorrente dos trabalhos dos pensadores do Círculo de Viena, denominação adotada pelos filósofos e cientistas Moritz SCHILICK, Kurt GÖDEL, Otto NEURATH, Friedrich WAISMAN, Rudolf CARNAP, dentre outros, sob influência de David HUME, Brertrand RUSSEL e Ludwig WITTGENSTEIN. Em nosso país, merece destaque a influência dessa linha de pensamento no trabalho de MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 312 - 315.

descritivo ou componente com significado cognitivo e um elemento normativo ou componente com função deôntica” [139].

Diante de tais premissas, pode-se deduzir que os enunciados jurídicos são significantes, encontrando-se sustentados por um núcleo semântico, que é significativo e que, levado às últimas conseqüências, considera que a lei é o texto normado. Nessa linha, deveria o intérprete eximir-se da busca a critérios valorativos exteriores à norma, pesquisando, quando muito, a *mens legis* e a *mens legislatoris*.

Parece, no entanto, que as construções filosóficas e jurídicas fundamentadas no positivismo ideológico e no formalismo jurídico[140] ainda não responderam adequadamente às críticas originadas no pensamento do jovem Marx, com ampla repercussão no Instituto de Frankfurt e no *Critical Legal Studies*, centradas na proposição segundo a qual a racionalidade instrumental, também adotada pelo jusracionalismo, representa, em boa medida, uma ferramenta de institucionalização dos interesses dominantes[141].

Com a retomada do processo de redemocratização em nosso país, no entanto, observa-se uma revisão do pensamento crítico e do estudo acerca das possibilidades positivas dos discursos eminentemente jurídicos, da dogmática jurídica e de uma possível *legalidade democrática*[142].

Por outro lado, o denominado pós-positivismo, respaldado em regras e princípios, está preso a um sistema de argumentações que reaviva o Organón aristotélico, na linha do pensamento de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca[143]. As soluções dadas aos casos concretos passam a necessitar, a partir dessa construção teórica, de uma linha argumentativa capaz de persuadir

---

[139] CASTANHEIRA NEVES, A. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.
[140] NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41-42.
[141] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.
[142] MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 317.
[143] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação – A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

racionalmente os interlocutores, em uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição[144].

Diante dessas breves ponderações, não obstante a crescente sofisticação dos argumentos da doutrina especializada, está claro que o intérprete da Constituição aproxima-se cada vez mais do modelo hermenêutico fundado na racionalidade gadammeriana, na premissa de que a decisão deve ser obtida, na tradição, a partir dos fundamentos acolhidos pela própria comunidade jurídica inserida no âmbito da própria sociedade, além de estar fundamentada nos princípios do Estado democrático de direito, igualdade, liberdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc.

Reitere-se, no entanto, que para Habermas a argumentação é representada como um discurso racional orientado para a obtenção do consenso[145]. A concondância é o entendimento racional alcançado pela argumentação e, a racionalidade, é tratada como argumentação em conformidade com as normas do discurso, sendo essas as pressuposições de todo falante competente. A competência comunicativa pode ser representada como a habilidade do sujeito em desenvolver uma argumentação racional.

Decorre do trabalho de Habermas, portanto, um contexto de racionalidade que deve ser devidamente investigado por meio de uma atividade crítica que possa nos precatar contra o curso desviante da comunicação distorcida. Isso certamente terá a função de resgatar, no âmbito próprio da hermenêutica jurídica, do ponto de vista teórico, pragmático ou mesmo epistemológico, por meio da crítica à tradição, o interesse por emancipação[146].

---

[144] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
[145] HABERMAS, Jürgen, Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
[146] RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. 4. ed. Rio de Janeiro: 1990, p. 129: “Compete a uma crítica das ideologias pensar em termos de antecipação aquilo que a hermenêutica das tradições pensa em termos de tradição assumida. Em outros termos, a crítica das ideologias implica que coloquemos como idéia reguladora, adiante de nós, o que a hermenêutica das tradições concebe como existindo na origem da compreensão. Aqui entra em jogo o que chamamos de o terceiro interesse que move o conhecimento: o interesse pela emancipação. É esse interesse, como vimos, que anima as ciências sociais críticas. Portanto, também é ele que fornece um quadro de referência a todas as significações

Referências

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. Ratio Juris, v.13, n.13. September 2000. p. 294-304.

ARISTÓTELES. Tópícos. Porto Alegre: Victor Civita, 1973. Coleção Os pensadores.

AZEVEDO, Maria Theresa Schiappa. Da maiêutica socrática à maiêutica platônica. Coimbra: Universidade de Coimbra (Humanitas, Vol. LV/MMIII, p. 265 – 281).

BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400-407.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLEICHER, Josef. Hermenêutica Contemporânea. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 261.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales, Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta – Temas Políticos e Constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_________. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOYLE, James. Critical Legal Studies. Cambridge: University Press: 1992.

CANARIS, Klaus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: 1991.

_________. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: 1994.

---

postas em jogo na psicanálise e na crítica das ideologias. A auto-reflexão é o conceito correlato do interesse pela emancipação. É por isso que não podemos fundar a auto-reflexão sobre um conceito prévio. Ao invés disso, o que ocorre é justamente a comunicação interrompida. Não podemos falar, com Gadamer, de entendimento que leve à compreensão, sem presumirmos uma convergência das tradições que não existe sem hipotasiarmos o passado, que também é lugar da falsa consciência, enfim, sem ontologizarmos a língua, que é apenas uma 'competência comunicativa' desde sempre distorcida."

CASTANHEIRA NEVES, A. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

__________. A crise atual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_________. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_________. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: EDUNB, 1986.

FEYERABEND, Paul. Contra o Método. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione – Materiali per uma storia delle dottrine costutizionali. Torino: G. Giappichelli, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência. Trad. Angela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 6.ed.Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 265.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen, Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_________. Dialética e Hermenêutica – para uma crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

_________. Teoría de la acción comunicativa, Tomo I - Racionalidad de la acción y recionalización social; Tomo II – Crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jimenez Redondo. México: Taurus, 2003.

_________. Knowledge and Human Interests. London: Heinemann, 1972.

_________. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194

_________. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? Kants Werke, Akademie-Ausgabe. Vol. III, p. 35.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976.

KENNEDY, Dunkan. A critique of adjudication. Cambridge: University Press, 1997.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito 1. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

McDougal, Myres S.; Lasswell, Harold D.; and Reisman, W. Michael, The World Constitutive Process of Authoritative Decision. Yale Law School, Faculty Scholarship Series,1967.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_________. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MURALT, André. A metafísica do fenômeno. São Paulo: Ed. 34, 1998.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ORAA, José Maria Aguirre. Pensar com Gadamer e Habermas. Braga: Revista Portuguesa de Filosofia, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação – A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO, República: VI, 509 e; VI, 511 b; VII, 534 b; VII, 537 c, Fedro, 265 d.

QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. 4.ed. Rio de Janeiro: 1990.

SANCHIS, Luis Pietro. Ideologia e Interpretación Jurídica. Madrid: Tecnos, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema del Derecho Romano Actual. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Tomo I.

SILVA, Kelly Suzane Alflen da. Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial. Porto Alegre: Fabris, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica constitucional e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.

TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXVII - XXVIII.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. A crise do Direito numa sociedade em mudança. José Eduardo Faria (Org.). Brasília: EDUNB, 1988.

WIACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAPÍTULO 2

A INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO, OS ENTIMEMAS JURÍDICOS E A INCERTEZA DO PÓS-POSITIVISMO:

Marcus Flávio Horta Caldeira[147]
DOI 10.11117/9788565604031.02

O positivismo jurídico é um movimento que surge no final do século XIX, objetivando “transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”[148].

Como a principal característica das ciências, em sua concepção tradicional, é a avaloratividade[149], o positivismo busca a objetividade na interpretação e aplicação do direito.

Isto ocorre porque a ciência, conforme escreve Bobbio, “deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência de objetividade.”[150]

Nesta mesma toada, “o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser”, logo, estuda o “direito como fato, não como valor”[151].

Não se questiona, dentro do positivismo, se o “direito é bom ou mau, justo ou injusto”, sendo o positivismo avalorativo, em contraposição ao jusnaturalismo.[152]

---

[147] Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2011-2012). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2008-2010). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (1996). Cursou pós graduação em Direito Tributário na AEUDF/ICAT (2000 - 2002) e Direito Internacional Público (1998) e Privado (1997) na Academia de Direito Internacional de Haia / The Hague Academy of International Law - Holanda. Lecionou Direito Internacional Privado no Centro Universitário de Brasília - UNICEUB (2005). Foi Curador Especial do STF (2003-2004) e STJ (2005-2008) para as Sentenças Estrangeiras. Advogado inscrito na OAB-DF sob o n. 13.418, desde 1997. É sócio fundador de Caldeira, Lôbo e Ottoni Advogados S/C, desde 2002, atuando, predominantemente, nas áreas do Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

[148] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Cone, 2006, p. 135.

[149] *Id.Ibid*., p. 135.

[150] *Id.Ibid*., p. 135.

[151] *Id.Ibid*., p. 136.

[152] *Id.Ibid*., p. 137.

Essa busca pela objetividade dentro do positivismo gera a ideia de subsunção dos fatos às normas, como se as normas pudessem prever toda as situações da vida e regulá-las , tal como ocorre com as chamadas leis da natureza.

Emílio Betti[153] trabalha com a noção de subsunção das normas aos fatos sob a ótica positivista classica.

Como se tratasse de uma ciência natural, Betti busca dar-nos "conta (...) do modo como funciona a **norma de direito** em relação à realidade social"[154]:

> **Norma jurídica**: "considerada no seu arranjo lógico, consta de uma **previsão e de uma disposição correspondente**. Isto é, prevê, em abstrato e em geral, hipóteses de fato, classificadas por tipos e, ao mesmo tempo, orientadas segundo as diretivas de uma valoração jurídica - hipóteses que, em terminologia técnica, são denominadas *fattispecie* -.[155]

Deste modo, quando se realiza, em concreto, um fato ou uma relação da vida social, que se enquadre dentro da hipótese prevista na norma, ou, nas palavras de Betti, "corresponda ao tipo de *fatispecie* contemplado, intervém a síntese, o nexo estabelecido pela norma", haverá a subsunção, gerando uma "nova situação jurídica em previsão."[156]

Nesta linha, fatos jurídicos, são aqueles que "o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas". Porém, esta nova situação jurídica prevista na norma "não se produz enquanto se não verificar, inteiramente, a hipótese de fato, a *fatispecie*, que é o seus pressuposto"[157].

Apesar da logicidade característica do positivismo, tal como retratado por Betti e entre nós por Pontes de Miranda[158], a subsunção não se mostra tão precisa perfeita como querem seus defensores clássicos.

---

153 BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. v. I. Coimbra: Coimbra ed., 1969, p. 15-84.
154 *Id.Ibid*., p. 17.
155 *Id.Ibid*., p. 17.
156 *Id.Ibid*., p. 18.
157 *Id.Ibid*., p. 23.
158 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 13-29; 49-82; 122-168;169-185.

Até mesmo positivistas assumidos, ainda que com uma visão mais moderna, como Norberto Bobbio[159], percebem alguma incompletude dentro do próprio positivismo.

Ao tratar das **definições "avalorativas"** e daquelas **"valorativas"**, Bobbio começa informando que "a distinção entre juízo de validade e juízo de valor veio a assumir a função de delimitação das fronteiras entre ciência e filosofia do direito".[160]

Assim, enquanto o juspositivista "estuda o direito prescindindo de seu valor", o filósofo do direito (...) quer investigar-lhe o fundamento, a justificação: (...) o valor do direito."[161]

Bobbio apresenta duas categorias de "definições": definições científicas que são fatuais, avalorativas, ou ainda antológicas, de um lado; e "definições filosóficas, ideológicas, ou valorativas, ou deontológicas"[162]

Como exemplos de definições valorativas do direito, podemos citar as seguintes:

> Direito em função da justiça, de Radbruch;
> Direito como o bem comum, de São Tomás de Aquino;
> Direito ligado à liberdade individual, de Kant; e
> Direito em função da "individualidade humana, de Piovani[163].

Por outro lado, as concepções positivistas em geral são avalorativas. Veja-se os seguintes exemplos:

> Pode-se (...) considerar a lei ainda de um outro modo, segundo o qual pela sua observância é dado um preceito coativo ligado a uma punição ou a uma recompensa serem atribuídas neste mundo, ou segundo derivada de um tal preceito[164]
> Direito é a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.[165]

159159 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Cone, 2006, p. 135-146.
160 *Id.Ibid*., p.138.
161 *Id.Ibid*., p.138.
162 *Id.Ibid*., p.139.
163 *Id.Ibid*., p.139-140.
164 *Id.Ibid*., p.140-141.
165 *Id.Ibid*., p.142.

A ausência de um caráter valorativo é um dos pontos criticáveis do positivismo, eis que, ainda que o sistema sob o ponto de vista lógico fosse perfeito, haveria, como de fato há, a possibilidade de injustiças.

Mas, não é só !

O positivismo prescinde da confirmação social, podendo se tornar um sistema que não tenha efetividade prática.

Daí, o realismo jurídico, em que se sustenta ser "insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessário, pelo contrário, introduzir também o requisito da eficácia".[166]

Para Norberto Bobbio, "a diversidade entre a definição juspositivista e a realista nasce, em última análise, do modo diverso de individualizar a **fonte do direito**." Para os positivistas a fonte principal seria a lei, o "ordenamento do legislador". Já, os realistas "se referem ao comportamento dos juízes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos".[167]

Porém, como aponta Bobbio, há um elemento comum entre o positivismo e o realismo, qual seja: "são definições anti-ideológicas, ... que não fazem referência a valores ou fins que seriam próprios do direito"[168], ou seja, são avalorativas.

Como se viu, esta avaloratividade é um dos problemas que o positivismo enfrenta. O fato de não estar só em sua jornada, eis que tem a companhia do realismo jurídico, não diminui a crítica.

Como, para o positivismo, "o direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis", "a concepção formal do direito define ... o direito exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo – isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece."[169]

Porém, talvez seja o "pai do positivismo clássico" – Hans Kelsen – quem já nos traga demonstrações de alguns dos vícios do próprio sistema positivista.

---

[166] *Id.Ibid.*, p.142.
[167] *Id.Ibid.*, p.143.
[168] *Id.Ibid.*, p.144.
[169] *Id.Ibid.*, p.145.

Em sua obra “Teoria Pura do Direito”[170], o Autor, em seu capítulo sobre interpretação, já demonstra a imperfeição do sistema positivista, tendo em vista, a própria incompletude das normas.

Inicia Kelsen afirmando que "quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas." Logo, interpretar seria “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior."[171]

Interpretar, nesta visão, seria "responder ... qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação ao caso concreto".[172]

Ocorre que, como admite Kelsen, o ato de interpretação do direito tem sempre uma "relativa indeterminação"[173], pois a "determinação nunca é (...) completa", eis que "a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções (...) o ato através do qual é aplicada", havendo, portanto, "uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação."[174]

Como, "mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível” deixa uma “pluralidade de determinações a fazer” para quem irá cumprir a norma, Kelsen cria a ideia de "um quadro ou moldura a preencher por este ato".[175]

Logo, a subsunção não seria uma única solução para o caso concreto, porém, abriria caminho para várias possibilidades interpretativas, igualmente corretas, sob o ponto de vista Kelseniano. O limite seria que a interpretação estivesse dentro da referida moldura.

Portanto, para Kelsen, "a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que ... têm igual valor."[176]

---

[170] KELSEN, Hans. *Teoria Pura de Direito*. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. fls. 387-397.
[171] *Id.Ibid*., p. 387.
[172] *Id.Ibid*., p. 387.
[173] *Id.Ibid*., p. 388.
[174] *Id.Ibid*., p. 388.
[175] *Id.Ibid*., p. 388.
[176] *Id.Ibid*., p. 390-391.

E, coerente com este ponto de vista, Kelsen refuta os principais métodos interpretativos que visem chegar a apenas uma interpretação "correta". Critica o "argumentum a contrário" e a "analogia", afirmando que "os dois conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro." Também entende que "o princípio da chamada apreciação dos interesses" ou "ponderação dos interesses" seria falho pela dificuldade de se estabelecer "o critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser comparados entre si e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitantes interesses."[177]

Para o Autor, a despeito da "indeterminação da norma", após a aplicação feita pelo órgão competente, "apenas uma delas se torna Direito positivo". Esta será a interpretação "autêntica", "criadora do direito."[178]

E, tendo em vista a importância que Kelsen confere à “interpretação autêntica”, ele destaca que, ainda que equivocada, ou não decorrente da moldura da norma jurídica aplicada, a interpretação do órgão judicial poderá se cristalizar, no caso de trânsito em julgado.[179]

Kelsen distingue a interpretação autêntica, realizada pelo órgão aplicador do Direito de todas as outras, mormente daquela realizada pelo indivíduo. Este também deverá "realizar uma escolha entre diferentes possibilidade", porém esta escolha "não é vinculante para o órgão" aplicador, podendo ser considerada "errônea".p. 395.

Por fim, Kelsen, ainda distingue a interpretação autêntica da "interpretação da ciência jurídica". Para ele, esta última "é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas", estabelecendo "as possíveis significações de uma norma jurídica", revelando não apenas um sentido da norma, porém "todas as significações possíveis, mesmo aquelas politicamente indesejáveis". Isto servirá para "mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-

---

177 *Id.Ibid.*, p. 392.
178 *Id.Ibid.*, p. 392-394.
179 *Id.Ibid.*, p. 394-395.

jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas", para que se "obtenha o maior grau possível de segurança jurídica."[180]

Logo, da própria lição de Kelsen se depreende algumas características da visão positivista que podem ser entendidas como imperfeições: 1 – o sistema normativo tem certa indeterminação; 2 - várias interpretações serão possíveis, para a mesma situação, desde que se enquadrem dentro da chamada moldura kelseniana; e, 3 – mesmo interpretações "equivocadas", poderão se tornar definitivas.

Voltando a Bobbio, outro positivista, se percebe, em sua obra "Teoria da Norma Jurídica"[181], a incompletude do sistema positivista.

Para o juspositivista, "o **problema da validade** é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não", ou seja, "trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica."[182]

Para decidir se uma norma é valida, é necessário com frequência realizar três operações: "1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emendar normas jurídicas, (...)"; "2) averiguar se não foi ab-rogada (...)"; "3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama de ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (...) ou com uma norma posterior (...)".[183]

Ocorre que, esta visão, como demonstra o próprio Bobbio deixa de lado 2 aspectos essenciais do direito – o plano da justiça e o da eficácia - , se concentrando apenas no plano da validade.

O positivismo, portanto, tal como entendido por Bobbio, leva em conta apenas o plano da validade do direito.Em rápida passagem, o Autor, ao se referir aos juristas positivistas, menciona Kelsen, quando:

> sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e

---

180 *Id.Ibid*., p. 396-397.
181 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, fls. 45 – 68.
182 *Id.Ibid*., p. 46.
183 *Id.Ibid*., p.47.

> irracionais; o problema da justiça, para Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.[184]

Daí, em função dessa limitação, Bobbio denomina o positivismo de espécie de “reducionismo”, por deixar de lado as demais dimensões jurídicas.[185]

Outro problema que se vê no positivismo à luz de Bobbio, é o do exercício da força.

Norberto trata, com mais vagar do “positivismo jurídico”, à luz da “doutrina política de Thomas Hobbes” que, segundo o Autor, seria “uma teoria completa e coerente do positivismo jurídico”. O radicalismo se explica porque “Hobbes é um racionalista, e como todos os racionalista, ... o que conta é que a conclusão seja tirada rigorosamente das premissas.”[186]

E, a explicação de Hobbes é a seguinte:

> Sobre o estado de natureza, somente se pode dizer que é intolerável e que dele é preciso sair. E de fato, a primeira lei da razão para Hobbes é a que prescreve buscar a paz. (...) Para sair do estado da natureza de modo estável e definitivo, os homens pactuam entre si objetivando renunciar reciprocamente aos direitos que tinham in natura e transmiti-los a um soberano (pactum subiectionis). (...) Na passagem ... ao estado civil, os indivíduos transmitindo todos os seus direitos naturais ao soberano, lhe transmitem também o direito de decidir o que é justo ou injusto; e assim, desde o momento em que o Estado civil é constituído, não há outro critério do justo ou do injusto que não seja a vontade do soberano.[187]

Assim, a ideia de que “direito/justiça” seria a vontade do mais forte, dentro do positivismo, demonstra mais uma de suas inconscistências. Tanto é assim que este pensamento tem sido “refutado várias vezes no curso do pensamento ocidental”.[188] Para ilustrar, vale lembrar passagem de **Rousseau**, no início do Contrato Social, em capítulo chamado “*Du droit du plus fort*” (Do direito do mais forte):

> A força é uma potência física: não vejo qual moralidade possa derivar dela. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade: quando muito um ato de prudência. Em que sentido poderia ser um dever? ... Admitindo-se

---

184 *Id.Ibid*., p.59.
185 *Id.Ibid*., p.54.
186 *Id.Ibid*., p.59.
187 *Id.Ibid*., p.60.
188 *Id.Ibid*., p.61.

> que é a força que cria o direito, o efeito muda com a causa: toda força que supera a primeira tem direito de sucedê-la. (...)[189]

Com uma visão mais contemporânea, Katrina Sobota[190] traz importante contribuição à crítica do positivismo.

Inicia sua crítica afirmando que "a maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas."[191]

A ideia positivista era a criação de "um sistema razoável que pudesse regular a conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independentemente da mediação arbitrária dos juízes."[192]

Isto levou, por exemplo, à criação do Código Geral Prussiano (Preussiches Allgemeines Landrecht), de 1794, que com seus 19.000 artigos, visava proibir a interpretação judicial. A história mostrou que o texto se tornou um "amontoado de regras desajeitado e às vezes ridículo"[193]

Um dos pilares do positivismo são os silogismos, conceito desenvolvido no fim da antiguidade e da Idade Média. O silogismo é a ideia de que a norma é uma atribuição universal unindo dois termos abstratos. Uma norma desse tipo é destinada a ser a premissa maior de um silogismo, na linha de que "se A, logo B".[194]

Para Sobota, silogismo é uma ilusão com efeitos poderosos sobre a realidade. É uma das ideias mais fortes dentro do pensamento ocidental e do processo decisório jurídico e, desse modo, "ele molda o discurso jurídico, por vezes a tal ponto que se confunde com a própria realidade - como se a argumentação jurídica fosse silogística."[195]

---

[189] *Id.Ibid.*, p.62.
[190] SOBOTA, Katharina. *Don`t mention the norm! International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.
[191] *Id.Ibid.*, p.1.
[192] *Id.Ibid.*, p.1.
[193] *Id.Ibid.*, p.2.
[194] *Id.Ibid.*, p.2.
[195] *Id.Ibid.*, p.4.

Segundo a crítica retória, "o silogismo não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal." "É uma forma retórica e não uma ordem substantiva ou objetiva."[196]

Isto porque, para Sobota, a “silogismo jurídico” seria, na verdade, uma entimema.[197] E, prossegue:

> Em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior. Em sistemas jurídicos com um grau mais baixo de codificação, o juiz muitas vezes explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinquenta a que está aludindo.[198]

Aristóteles denominou este tipo especial de argumento Entimema. Entre outras coisas, os entimemas se caracterizam por deixar de fora termos do silogismo referido. Normalmente, esses termos omitidos, referem-se a dados óbvios. A vantagem dessa técnica consiste em evitar repetições enfadonhas e a afirmação tediosa de verdades triviais.[199]

Ou seja, o discurso jurídico, na verdade seria um entimema, ou seja um silogismo incompleto, em que se omite várias das premissas que foram usadas para se chegar à conclusão.

Mas, Sobota vai além e afirma que "não acho que esta explicação revele o ponto principal; acredito que os juízes não mencionam as normas porque seria embaraçoso ou disfuncional verbalizar as premissas alegadas"[200]

E, na sequência traz algumas explicações para os entimemas jurídicos:

> **Primeira vantagem**: se os juízes e advogados não verbalizam as premissas maiores alegadas, eles podem ocultar a inconsistência de todo o sistema normativo (por exemplo, do CC ou do Senso Comum). Um exemplo da inconsistência de sistemas normativos é o conflito entre as normas "Não matarás" e "Defenda seu País".
> Se os juízes verbalizassem as normas, que estão implícitas em seus julgamentos, evocariam contradições flagrantes diante de pelo menos 5 tipos de requisitos: 1 - lógica clássica; 2 - sistematização legal; 3 - direito a igual tratamento; 4 - legalidade positivada; e 5 - ingenuidade de nossas crenças básicas (que fatos existem, que o

---

196 *Id.Ibid.*, p.4.
197 *Id.Ibid.*, p.5-6.
198 *Id.Ibid.*, p.4.
199 *Id.Ibid.*, p.6.
200 *Id.Ibid.*, p.6.

> tribunal é capaz de reconhecer fatos e significações, que normas são aplicáveis; que fatos podem corresponder às exigências de uma norma, que textos legais têm sentido; que tudo o que deve ser, é).
>
> **Segunda vantagem:** um orador pode modificar o significado alegado da norma e adaptá-lo a cada situação. Esta é a razão pela qual, em sistemas jurídicos com menor grau de codificação, os juízes tendem a verbalizar e explicitar pelo menos algumas de suas premissas: eles colecionam e criam premissas dentro de cada situação particular. O sistema jurídico é tão complexo e desprovido de método que não se pode avaliar a multidão de fontes potenciais do direito. Porque não há qualquer via mecânica para identificar um grupo fixo de premissas aplicáveis, a seleção das próprias premissas não pode ser submetida a um criticismo "neutro" que abarque todo o sistema. O resultado é que se pode invocar qualquer premissa que pareça apropriada àquela situação particular."
>
> **Terceira vantagem:**normas tácitas podem formar um elo entre o mundo arcaico das regularidades emotivas, não verbalizadas, e a racionalidade verbalizada do ocidente clássico."
> O discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar ilusões de certeza em uma esfera de incerteza. Uma das principais ferramentas para superar o contraste entre a certeza e incerteza consiste no uso de premissas ocultas que se movimentam na esfera da implicação.[201]

E, fazendo uma síntese da aplicação do direito em nossos tempos e dos equívocos do pensamento positivista, a Autora escreve que "eles pensam que aplicam normas, mas não o fazem; pensam que aplicam silogismos, mas utilizam-se de entimemas; pensam que obedecem a racionalidade, mas são eles mesmos quem originalmente produzem uma racionalidade por agirem de maneira retórica."[202]

Percebe-se que o positivismo cria ilusões em busca de uma pretensa racionalidade. Para Sobota, "é bem mais fácil criar a ilusão de que a aplicação de uma norma é silogística se não se precisam articular as premissas maiores utilizadas." Porém, tendo em vista esta tendência, "as interrelações paradoxais entre concepções verbalizadas e concepções inarticuladas" parece ser o resultado do discurso positivista quando visto de uma forma crítica.

Assim, apesar de pregar a segurança, o positivismo possibilida encontrar-se inúmeras soluções, apesar de pregar a racionalidade, percebe-se que o que se

---

[201] *Id.Ibid.*, p.10-12.
[202] *Id.Ibid.*, p.13.

encontra são entimemas, apesar de buscar coerência, perde-se dentre de um emaranhado normativa, que muitas vezes transborda para o arbítrio.

Além disso, o positivismo, como visto, deixa de lada duas dimensões fundamentais do fenômeno jurídico, quais sejam a justiça e a eficácia, se preocupando exclusivamente com a validade.

Estas inconsistências caracterizam a crise do positivismo que, por outro lado, ainda subsiste, pela falta de um sistema "coerente" que o substitua e que possa supria a ânsia por segurança e justiça que faz parte do gênero humano.

Referências Bibliográficas

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. v. I. Coimbra: Coimbra ed., 1969, p. 15-84.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Cone, 2006, p. 135-146.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, fls. 45 – 68.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura de Direito*. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. fls. 387-397.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 13-29; 49-82; 122-168;169-185.

SOBOTA, Katharina. *Don`t mention the norm! International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

CAPÍTULO 3

A IDENTIDADE “NEGRA”: POLÍTICAS PÚBLICAS DE VIÉS RACIAL À LUZ DA TEORIA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL DE MICHEL ROSENFELD

Eraldo Melo Da Silva
DOI 10.11117/9788565604031.03

Introdução

O Brasil é um país cheio de contrastes. Embora tal afirmação tenha se tornado um lugar-comum, os dados da realidade não deixam dúvidas acerca de sua veracidade. Maior e mais rico país da América Latina, encontra-se entre as 10 maiores economias mundiais. Ocupa, entretanto, a 75ª posição entre os 182 países classificados no Relatório do Desenvolvimento Humano de 2009 elaborado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)[203], para avaliar a expectativa de vida da população e os indicadores de educação, saúde e renda.

Há muito se busca explicar a origem dos problemas nacionais. No apagar das luzes do século XIX, repercutiu de forma acentuada a idéia de que o problema situava-se na diversidade racial e, sobretudo, na inferioridade atribuída aos negros, indígenas e mestiços. Esse pensamento, associado à necessidade de substituição da mão-de-obra escrava, resultou em um programa de imigração que *embranqueceria* a população[204].

Logo no início do século XX surgiram vozes dissonantes desse fatalismo. O recurso ao conceito de raça é abandonado em prol da tese de que o problema nacional não encontra resposta na biologia ou no clima, mas na escravidão. Para Euclides da Cunha, o grande vilão seria o processo histórico de ocupação do território com a distância geográfica, política e cultural entre o litoral e o sertão[205].

---

[203] Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Relatório do Desenvolvimento Humano 2009. Ultrapassar Barreiras: Mobilidade e desenvolvimento humanos. Pag. 200. Disponível *in* http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf .

[204] Conf. MACHADO, Paulo Pinheiro. A Política de colonização do Império. Porto Alegre: EdUFRGS. 1999. DÁVILA, Jerry. Diploma de Brancura: Política Social e Racial no Brasil – 1917-1945. Trad. Cláudia S’antana Martins. São Paulo: UNESP, 2006.

[205] CUNHA, Euclides da. Os Sertões. São Paulo: Nova Cultural. Pp. 66 e segs.

Nesse sentido, Roquette-Pinto e Arthur Ramos, entre outros, lançaram em outubro de 1935 o *Manifesto dos Intelectuais Brasileiros Contra o Preconceito Racial*, defendendo que:

> [...] nenhuma analogia existe entre a apreciação dos problemas antropológicos e o desenvolvimento de ideologias políticas inspiradas por sentimentos de orgulho racial e orientadas no sentido de firmar o esmagador primado humano deste ou daquele grupo étnico. Pode-se assim encarar os racismos políticos como verdadeiras perversões de idéias científicas, desvirtuadas ainda pela sua associação arbitrária a fantasias e a mitos pseudocientíficos e por vezes mesmo em contradição flagrante com verdades já demonstradas [...][206]

Um movimento lento, porém contínuo, surgido inicialmente na academia, entre sociólogos na década de 1950[207], ganhou corpo principalmente nas últimas duas décadas. Deixando de lado as idéias de Gilberto Freyre, para quem a miscigenação seria a grande virtude brasileira[208], voltou a tentar explicar grande parte dos problemas nacionais a partir de uma perspectiva baseada na origem racial da população[209].

Políticas baseadas nesse discurso adotam afirmações implícitas, que partem de determinadas representações da realidade e procuram atender a interesses específicos. E nesse contexto devem ser entendidas, sob pena de não ser possível avaliá-las em perspectiva histórica, ou procurar extrapolar o seu impacto no desenvolvimento da sociedade brasileira[210].

A primeira destas afirmações é que a sociedade brasileira é racista, na medida em que a parcela "negra" de sua população é segregada. A partir dessa

---

[206] Conf. LIMA, Nílsia Trindade. DE SÁ, Dominichi Miranda. Roquette-Pinto e o anti-racismo no Brasil. *In* Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil contemporâneo. Org. Fry, Peter et al. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2007, p. 81.

[207] Conf., p. ex: FERNANDES, Florestan. A luta contra o preconceito de cor. *In* Relações raciais entre brancos e negros em São Paulo. São Paulo: UNESCO/Anhembi.

[208] FREYRE, Gilberto. Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51ª. Ed, rev. São Paulo: Global, 2006.

[209] CARDOSO, Fernando Henrique. Capitalismo e Escravidão no Brasil Meridional. O Negro na Sociedade Escravocrata do Rio Grande do Sul. 5ª ed. revista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

[210] ALMEIDA, André. O que pretendem afirmar as políticas afirmativas. Texto disponível no sítio http://noracebr.blogspot.com/2010/07/o-que-pretendem-afirmar-as-politicas.html. Acessado em 31/7/10.

premissa, surge a segunda afirmação: é necessária a construção de uma identidade negra como forma valorizá-la. Nesse sentido, adquire especial importância a adoção de termos de conotação étnica, surgindo então as expressões “afro-descendentes” e “afro-brasileiros”, em contraposição a outros grupos étnicos: alemães, árabes, italianos, japoneses, etc.

Tem-se, assim, um abandono da ideia de uma sociedade majoritariamente miscigenada, fruto de diversas influências que ajudaram a forjar um povo distinto, único. Em troca, passa-se a enxergar a sociedade sob uma ótica essencialmente bicolor, adjetivada, em que não mais se fala em brasileiros, mas em “brasileiros brancos” e “brasileiros negros”.

Uma terceira consequência desse discurso é a vinculação entre identidade africana, escravidão e racismo, e a reivindicação de mecanismos compensatórios capazes de reparar, no presente, as consequências sociais dos maus tratos impostas pela população “branca” aos “negros”.

Exemplo moderno dessa visão é encontrado no Relatório do PNUD elaborado para o Brasil em 2005, cuja premissa metodológica vincula-se à idéia de que uma das barreiras ao desenvolvimento de parte significativa dos brasileiros é o racismo, “que se apresenta como um obstáculo de caráter tanto institucional (por meio de políticas que ignoram a população negra e indígena) quanto socioeconômico (por meio da desigualdade social que segrega parte da população nas áreas mais pobres do país)”[211].

Esse especial modo de enxergar a realidade brasileira tornou-se oficialmente uma política de Estado com a aprovação, no Congresso Nacional, da Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, que “institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (art. 1º), mediante a “adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa” (art. 4º, II), dentre outros mecanismos.

---

[211] Relatório do Desenvolvimento Humano Brasil-2005: Racismo, pobreza e violência. PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Documento eletrônico disponível do sítio http://www.pnud.org.br. Acessado em 21/9/09.

No presente estudo, buscar-se-á demonstrar que o caminho lógico-discursivo percorrido pelos defensores dessa nova visão de sociedade – para quem os "afro-descendentes" comporiam um grupo que, em virtude de sua história e do contexto econômico e social no qual ainda se encontra inserido, demandaria uma proteção diferenciada do Estado – mostra-se compatível como os fundamentos teóricos e filosóficos que servem de esteio para o desenvolvimento do conceito de identidade do sujeito constitucional, extraído principalmente da visão defendida por Michel Rosenfeld[212].

2 A formação da Identidade do Sujeito Constitucional segundo Michel Rosenfeld

A natureza evasiva da identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject*), segundo Michel Rosenfeld, pode ser observada sob dois ângulos distintos: tanto no que se refere aos elaboradores/destinatários da Constituição quanto à matéria constitucional (*subject matter*). A esse problema, relativo a "quem" e o "o que" compõem a identidade constitucional, também se acresça o fato de que ela tende a se alterar com a passagem do tempo, motivo pelo qual, para se estabelecer a identidade constitucional:

> [...] é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar as linhas de continuidade.[213]

Mesmo que fosse possível ultrapassar a questão do acesso claro à intenção do constituinte, ainda haveria a discussão acerca dos limites de sua vinculação às gerações seguintes, mormente quando considerada a possibilidade de a identidade ser reinterpretada e reconstruída. De fato, por sua própria natureza, o texto constitucional escrito se mostra aberto a inúmeras interpretações, muitas conflitantes entre si.

---

[212] ROSENFELD, Michel. A identidade do Sujeito Constitucional. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

[213] ROSENFELD, Michel. Ob. cit. Pp. 17-18.

A identidade constitucional também se encontra entrelaçada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes, tais como as nacionais, as étnicas, religiosas ou culturais. O confronto entre elas é inevitável em virtude da tensão existente entre o pluralismo que caracteriza o constitucionalismo moderno e a tradição[214].

Porém, ao mesmo tempo em que a identidade constitucional deve "permanecer distinta e oposta a outras identidades constitucionais, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável"[215].

Verifica-se, assim, que, segundo a formulação de Rosenfeld, a identidade constitucional, embora não possa ser completamente determinada, constitui-se a partir de um movimento cíclico de afastamento (oposição) entre ela e outras identidades, e aproximação (incorporação) de elementos dessas outras identidades que contribuam para dar sentido e significado à própria identidade constitucional. Nas palavras do autor:

> [...] a identidade constitucional deve ser construída em oposição às outras identidades, na medida em que ela não pode sobreviver a não ser que permaneça distinta dessas últimas. Por outro lado, a identidade constitucional não pode simplesmente dispor dessas outras identidades, devendo então lutar para incorporar e transformar alguns elementos tomados de empréstimo. Em suma, a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes acima discutidas.[216]

A partir da constatação de que a matéria e o sujeito constitucionais são de difícil determinação, motivo pelo qual é mais simples determinar o que eles não são do que o que eles efetivamente são, Rosenfeld desenvolve a tese segundo a qual a identidade constitucional deve ser considerada antes uma ausência, um vazio, do que uma presença efetiva que legitime a ordem constitucional. Sua determinação, contudo, ainda que parcial, somente é possível "mediante um processo de

---

[214] Idem. P. 21.

[215] Ibidem. P. 22.

[216] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. Pp. 26-27.

reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes”[217].

Segundo Rosenfeld, a formação da identidade do sujeito constitucional decorre da contraposição do “eu” (*self*) em relação ao “outro”, clivagem que o constitucionalismo moderno, em razão de seu compromisso com o pluralismo, não pode ignorar:

> O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o *eu* (*self*) e o outro uma conseqüência do pluralismo que lhe é inerente. Em um nível, o eu (self) constitucional pluralista se enfrenta com o seu outro que é a tradição que mantinha integrada a ordem sociopolítica pré-moderna. Pode-se referir a esse outro como o “outro externo”. Em outro nível, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um eu (self) coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros selves, e/ou que cada eu individual (individual self) trate os demais indivíduos como outros eu, como outras pessoas (selves). Em contraste com o outro externo, este último, precisamente por integrar a comunidade política constitucional (constitucional polity), pode ser denominado “outro interno.[218]

De fato, na medida em que o constitucionalismo obrigatoriamente deve incluir dentre seus requisitos o pluralismo social, o “outro” não pode ser descartado, uma vez que os constituintes devem estabelecer uma identidade que vá além de sua própria subjetividade. O vazio que marca a identidade constitucional tende a ser preenchido pelo processo de elaboração da Constituição, de cujo texto compartilhado emergirá uma identidade comum. Considerando-se, contudo, que nem a linguagem do “eu” nem a do “outro” são adequadas para expressar essa visão em comum, o discurso constitucional emergente passa a soar como uma língua estrangeira, alienando desse modo todos os que devem se utilizar. Segundo Rosenfeld:

> [...] o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da rule of law, ou seja do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais. Consoante essas exigências, os revolucionários vitoriosos que assumem o papel de constituintes devem reforçar sua pretensão de ocupar o lugar do legítimo sujeito constitucional ao renunciarem a um significativo montante de poder,

---

[217] Idem. P. 27.

[218] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. Pp. 29-30. Como explica o próprio autor, sua concepção baseia-se na obra de HEGEL, G.W.F. Phenomenoly of spirit. Trad. Arnold V. Miller. Oxford Univ. 1979.

> se submetendo às prescrições do Direito e ao se limitarem em face dos interesses fundamentais de outros. Há, é claro, muitos modos distintos mediante os quais os constituintes podem cumprir as condições para o surgimento do legítimo sujeito constitucional, mas todos eles envolvem a alienação de poder e a construção de uma auto-identidade dependente da vontade e da auto-imagem do outro[219].

O discurso constitucional, que deve apresentar-se a partir de um texto constitucional cuja compreensão depende de seu contexto próprio, em que suas restrições normativas e factuais mais relevantes não podem ser desprezadas.

Segundo Rosenfeld, o processo de construção ou reconstrução da identidade constitucional no discurso constitucional utiliza-se de uma narrativa contrafactual em que tanto o texto constitucional quanto os limites decorrentes do constitucionalismo deverão ser levados em conta. Tal narrativa poderá ser utilizada tanto para a manutenção do *status quo* constitucional quanto para a criação de uma nova ordem.

> Do ponto de vista daqueles que buscam justificar o *status quo* constitucional, o discurso constitucional deve preencher o hiato entre a Constituição efetiva e os preceitos do constitucionalismo, e forjar bases comuns entre o *eu* e o outro suficientes para fornecer o apoio requerido para que o sujeito constitucional possa manter uma identidade distinta. Por outro lado, do pondo de vista daqueles que recorrem à imaginação contrafactual para criticar a ordem constitucional vigente, o discurso constitucional deve revelar os meros simulacros de harmonia entre a Constituição em questão e a constitucionalismo, e perpassar as identidades constitucionais que oprimem ou coagem desmedidamente o "eu" ou o outro.

Ambas as hipóteses utilizam-se do mesmo instrumental: a negação, a metáfora e a metonímia.

A negação assume papel essencial na formação da identidade do sujeito constitucional, na medida em que ele somente poderá surgir como um "eu" distinto da tradição pré-revolucionária e dos "outros" por meio da rejeição, do repúdio, da repressão, da exclusão e da renúncia, que poderão estar entrelaçadas de vários modos e operar simultaneamente em diferentes níveis de realidade[220].

---

[219] Idem. Pp. 36-37.

[220] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. P. 51.

Retornando à Hegel, Rosenfeld afirma que o processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional se dá em três estágios. No primeiro, o sujeito constitucional, em um processo de negação, define o que ele não é, se diferenciando de todos os sujeitos já constituídos.

O segundo estágio é marcado pela busca de uma identidade positiva, o que, paradoxalmente, somente se mostra possível mediante a utilização das mesmas identidades descartadas no primeiro estágio. Tal processo é marcado pela incorporação seletiva das identidades descartadas, mormente aqueles de cunho histórico, cultural, étnico, religioso, etc.

> Em outras palavras, as tradições incorporadas ao sujeito constitucional no segundo estágio o são em seu próprio benefício. Essas tradições só são invocadas à medida que sejam capazes de servir aos interesses do constitucionalismo.[221]

No terceiro e último estágio ocorre a “negação da negação”, em que o sujeito constitucional passa a perceber que sua identidade positiva é resultado de seu próprio trabalho, mediante a seleção, combinação, organização e emprego daquele material obtido junto às identidades anteriormente descartadas, submetido aos limites normativos prescritos pelo constitucionalismo.

Apoiando-se no conceito de condensação descrito por Freud, Rosenfeld aponta a metáfora como instrumento essencial ao processo de formação da identidade do sujeito constitucional. Ela atua como um mecanismo descontextualizante, na medida em que “contribuí para a produção de sentido ao fixar as relações de similaridade em referência a um código ou, em outros termos, ao vincular signos segundo um eixo paradigmático”[222].

Por meio da metáfora busca-se a seleção de características similares existentes entre sujeitos constitucionais diversos, de forma a se demonstrar que suas características individuais não divergem suficientemente para justificar tratamentos jurídicos diferenciados.

---

[221] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. P. 53.

[222] Idem. P. 64.

A metonímia, por sua vez, importaria na tradução e incorporação discursiva do conceito freudiano de deslocamento. Atua em sentido contrário a metáfora: busca estabelecer e promover a contextualização das situações envolvendo os sujeitos constitucionais, com o escopo de ressaltar as diferenças em detrimento das similaridades e identidades.

> Os argumentos jurídicos fundados na metonímia evocam as diferenças mediante a contextualização, repousam sobre as relações de proximidade para delinear um quadro que revele o máximo possível de detalhes concretos.[223]

Esses três instrumentos – negação, metáfora e metonímia – interagem entre si no interior de cadeias argumentativas complexas, permitindo a projeção de imagens distintas e diversas da identidade constitucional, e, ainda, que elementos criticáveis e questionáveis de uma dada construção da identidade constitucional possam ser retrabalhados por meio da reconstrução para servirem de base e esteio de novas visões relativas à identidade constitucional.

Esse processo de construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional, embora repouse na invenção e na reinvenção da tradição, não pode ser arbitrário. De fato, ela envolve a contra tradição constitucional e a incorporação dos novos elementos, formando uma nova tradição possível, segundo determinados limites estruturais, funcionais e culturais[224]. Também, ocorre em outro plano, quando procura alcançar o equilíbrio com o "outro", mediante uma postura inclusiva onde o máximo possível das diferenças entre os indivíduos seja compatibilizado[225]. Todavia, não se obterá uma única solução possível:

> [...] todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização. [...] Quando a identidade constitucional falha diante de tal alternativa, é essa alternativa que deve fornecer o ponto de partida contrafactual para a avaliação crítica. A avaliabilidade de tais alternativas depende da possibilidade de, no interior dos limites impostos pelo constitucionalismo, o self promover a acomodação das diferenças com do "outro" interno sem comprometer os elementos

---

[223] Ibidem. P. 70.

[224] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. Pp. 107-110.

[225] Idem. P. 114.

> centrais ou a integridade de sua concepção de bem, tal como medida pelos requisitos fundamentais do constitucionalismo.[226]

De fato, a legitimidade desta reconstrução da identidade do sujeito constitucional dependerá da observância das normas incorporadas ao constitucionalismo e do respeito aos limites impostos pelo horizonte das possibilidades que Rosenfeld encerrara no princípio do governo limitado, do Estado de Direito e na proteção aos direitos fundamentais[227].

3 Limites ao discurso de (re)contrução da identidade do sujeito constitucional

Diante da inevitabilidade do confronto entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, decorrente da tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo moderno e a tradição[228], faz-se necessária a imposição de algum tipo de limite à disseminação da identidade comunitária pré-política da nação, sem, contudo, que isso importe na desvinculação dos direitos constitucionais fundamentais de todos os laços e identidades nacionais e culturais relevantes.

Esses limites devem estar orientados em critérios condizentes com o processo de formação histórico-cultural da sociedade em que o sujeito constitucional encontra-se inserido, na medida em que as várias identidades que buscam sua auto-definição devem ser coerentes com a comunidade política constitucionalmente estruturada como um todo.

Segundo Rosenfeld, a partir de relevantes fatos históricos diversos, a aplicação de uma mesma norma constitucional pode conduzir a resultados diferentes e igualmente legítimos; da mesma forma, condições fáticas distintas podem produzir significados e sentidos distintos para uma mesma norma constitucional. Assim:

> Para compreender a relação entre construção e reconstrução, deve-se ter em mente que a auto-identidade constitucional circula em trono das antinomias entre facticidade e validade, entre fatos e normas, e entre rela e ideal. A antinomia entre fato e norma manifesta-se pela

---

[226] Ibidem. Pp. 114-115.

[227] Ibidem. Pp. 47-48.

[228] Ver idem nº 12.

> justaposição das normas constitucionais e os fatos sociopolíticos e históricos, bem como por meio do conflito entre uma Constituição efetivamente vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo. Nos termos da relação entre a norma constitucional e o fato histórico, a aplicação da mesma norma constitucional pode conduzir a distintos resultados, dependendo dos fatos históricos relevantes.[229]

O conflito entre uma dada Constituição vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo – decorrente do fato de cada constituição só pode incorporar uma gama limitada de prescrições normativas – deve ser compreendido como o confronto entre a facticidade de um texto constitucional e as normas que estabelecem o ideal de uma democracia constitucional.

Essa antinomia entre o real e o ideal apresenta-se como uma conseqüência das limitações e deficiências inerentes à efetiva posição historicamente situada do sujeito constitucional, cuja incompletude não permite uma auto-imagem viável capaz de fornece um fundamento consistente, coerente, para a ordem constitucional.

> Em razão dessa pobreza inerente o real é necessário recorrer ao ideal para formular uma concepção adequada da auto-identidade constitucional. Sem dúvida, à medida que do nosso próprio ponto de vista historicamente limitado não podemos ver o “eu” constitucional de que somos parte, buscamos imaginá0lo. Para se estabelecer uma auto-identidade viável, o real deve ser suplementado pelo ideal [...]. No entanto, como o ideal não apenas suplementa o real, mas também o contradiz, construção e reconstrução, embora necessárias, são ferramentas perigosas que devem ser adequadas e legitimamente usadas.[230]

Dessa forma, a lógica e o grau de persuasão com que determinada teoria reconstrutivista compara o real e o ideal, ou o factual e a imaginação contrafactual tornam-se imprescindíveis para se avaliar adequadamente sua validade.

Esse processo de reconstrução deve respeitar os limites normativos inerentes ao constitucionalismo – compromisso como o princípio do governo limitado, a adoção do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais – na medida em que colocam o “eu” e o “outro” em um mesmo patamar de dignidade. Além disso:

---

[229] Ibidem. P. 41.

[230] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. P. 43.

> [...] a reconstrução contrafactual pode ser reforçada suplementarmente pela integridade sob a condição da plausibilidade lógica, avaliada nos termos das circunstâncias prevalentes. Essa última condição [...] exige uma reconstrução contextualmente fundada apta a apreender as tensões e contradições efetivas encontradas no interior das relações políticas e sociais prevalecentes. [...] Em suma, do ponto de vista da identidade do sujeito constitucional, a legitimidade da reconstrução depende da adoção das normas incorporadas no constitucionalismo, vinculada ao respeito aos limites impostos pelo relevante horizonte das possibilidades.[231]

Esse respeito passa pela não utilização excessiva dos mecanismos formadores do discurso e da identidade constitucional (metáfora e metonímia), bem como pela não adoção de discursos meramente ideológicos que possam distorcer o discurso acerca da identidade constitucional.

Somente por meio da interação entre a história da identidade constitucional e o seu contexto específico e momentâneo é possível se estabelecer os critérios de legitimidade, plausibilidade e razoabilidade das várias construções e reconstruções da identidade constitucional.

4 As políticas públicas baseadas em critérios raciais

Como anteriormente afirmado, a política de adoção de políticas públicas baseadas em critérios raciais tem como pano de fundo duas afirmações implícitas: que a sociedade brasileira é racista, na medida em que segregaria a parcela “negra” de sua população, e que seria necessária a construção de uma identidade negra como forma valorizá-la.

Essas afirmações amoldam-se ao processo de negação descrito por Rosenfeld.

Com efeito, seus defensores rejeitam a possibilidade de se considerar a sociedade brasileira, em sua imensa maioria, com um conjunto mais ou menos homogêneo, “em que todos compartilham conceitos e premissas culturais

---

[231] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. P. 48.

básicos"[232]. Ao contrário, a sociedade seria multiétnica, na medida em que dividida entre vários grupos diversos – entre os quais se destacariam o "branco" e o "negro" – cada um deles com suas respectivas tradições[233].

A ideia de reconhecimento também é encontrada na obra de José Sérgio Alfredo Guimarães, para quem as vítimas das desigualdades e de discriminação vinculadas à cor da pele:

> [...] viram-se forçadas a recrudescer o discurso identitário, que resvalou para a reconstrução étnica e cultural. [...] a assunção da identidade negra significou, para os negros, atribuir à idéia de raça presente na população brasileira que se autodefine como branca a responsabilidade pelas discriminações e pelas desigualdades que eles efetivamente sofrem.[234]

A aparente contradição observada no comportamento da população "negra" – no sentido de que sua cor não seria fator relevante para organizar sua conduta ou o entendimento do restante da sociedade sobre ela – resultaria, na verdade, de um processo de "embranquecimento" que estaria a afastar o "negro" de sua cultura e de seus valores.[235]

Dessa forma, a afirmação da igualdade do "afro-descendente" teria como condição essencial o reconhecimento de que ele integra um grupo étnico específico, cuja imagem depreciada gera uma desvantagem do indivíduo negro diante do branco.[236]

Como anteriormente afirmado, essa nova visão bicolor da sociedade brasileira foi oficialmente reconhecida a partir da aprovação da Lei Federal 12.288, de 20 de julho de 2010, que "institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos

---

[232] FRY, Peter. A persistência da raça: Ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África austral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 162.

[233] A esse respeito ver: TAYLOR, Charles. Muticulturalismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

[234] GUIMARÃES, José Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Fundação de Apóia à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002, p. 51.

[235] Idem. Pp. 85-86.

[236] D'ADESKY, Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica" (art. 1º).

Dentre outras prescrições, impõe-se ao Poder Executivo Federal a adoção de medidas que incentivem as instituições de ensino superior, públicas e privadas, a "incorporar nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores temas que incluam valores concernentes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira" (art. 13, II).

Vê-se, assim, que referido diploma legal legitima de forma expressa o discurso acerca da natureza multiétnica da sociedade brasileira e da necessidade de a "população negra" afirmar-se como detentora do direito de exigir do Estado uma proteção específica.

Daí decorre uma profunda transformação da auto-imagem da sociedade brasileira, na medida em que se impõe a cada um de seus integrantes[237] a adoção de uma nova identidade: não mais se poderia falar em brasileiros, mas em "brasileiros negros" e, por exclusão, em "brasileiros brancos". Todo o processo de miscigenação[238] vivenciada na sociedade em pouco mais de quinhentos anos de história é repudiada, uma vez que o conceito de mestiço deixa de ser relevante como identidade, embora tal medida se mostre contrafactual[239]. Ao mestiço restaria se auto-identificar como "branco" ou "negro", e nada mais[240].

Não mais se pode falar em uma herança cultural comum compartilhada pela sociedade brasileira como um todo[241], pois esta seria marcada pelo multiculturalismo, com especial destaque a uma "cultura negra"[242].

---

[237] Referimo-nos à parcela não indígena da população, que já conta com o reconhecimento e proteção constitucional.

[238] Nesse sentido, ver: PENA, Sérgio Danilo Junho. Igualmente Diferentes. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

[239] Segundo o PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, no ano de 2007 a população brasileira era 49,7% branca, 42,6% parda, 6,9% preta, e 0,8% indígena e amarela. *In* : "Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população Brasileira 2007". IBGE, p. 186.

[240] Nesse sentido, ver: CARVALHO, José Murilo de. Genocídio racial estatístico. In Divisões Perigosas. Org. FRY, Peter. Et ali. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 20007, pp. 113-114.

[241] FRY, Peter. Ob. Cit. P. 176.

[242] LOPES, Cristina (Org.). Cotas raciais: Por que sim? 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ibase: Observatória da Cidadania. 2006. Disponível no sítio http://www.ibase.br/userimages/ibase_cotas_raciais_2.pdf

Nesse discurso, identifica-se ainda a utilização da metáfora e da metonímia.

Estabelecida a premissa de que a sociedade brasileira, longe de ser homogênea, é formada por grupos étnicos bem definidos – “brancos” e “negros” – os defensores dessa visão buscam estabelecer e promover a contextualização das situações envolvendo esses dois grupos, e, assim, ressaltar suas diferenças em detrimento das similaridades e identidades. Mediante a utilização de dados estatísticos acerca da distribuição de renda, emprego, escolaridade, dentre outros, constroem um discurso que tenta vincular os resultados encontrados à questão da cor[243], que justificariam tratamentos jurídicos diferenciados em favor da população “negra”, como uma forma de contrabalançar a segregação por ela sofrida.

Impende ressaltar que esse processo de construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional, como asseverado por Rosenfeld, não pode ser arbitrário, na medida em que sua viabilidade vincula-se determinados limites estruturais, funcionais e culturais[244].

Embora não se possa perder de vistas que a prática do direito é argumentativa[245], o discurso favorável às referidas políticas invariavelmente amparam-se em dados da realidade passíveis de serem mensurados e, eventualmente, contraditados. Assim, a busca desses limites, ou, em outros termos, a aferição de validade dos argumentos utilizada pelos defensores de políticas públicas de viés racial, deve ser realizada a partir do conceito de demarcação de Karl Popper[246], cujo objetivo é a tentativa de estabelecer um critério que permita distinguir as teorias científicas da metafísica e/ou da pseudociência.

Dessa forma, a investigação da validade desse discurso deve ser realizada a partir da interligação de áreas do conhecimento distintas, em especial a Sociologia,

---

[243] Nesse sentido: THEORO, Mário, et al (Org.). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea. 2008. PINHEIRO, Luana. Et al. (Org.). Retrato das Desigualdades de gênero e raça. 3ª ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008.

[244] ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. Pp. 107-110.

[245] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 17.

[246] POPPER, Karl. Ciência, Conjecturas e Refutações. Trad. Benedita Bettencourt. Brasília: Ed. Almedina, 2006. Segundo esse autor, uma proposição é significativa se, e apenas se, puder ser verificada empiricamente, isto é, se houver um método empírico para decidir se é verdadeira ou falsa. Na falta de tal método é uma pseudo-proposição carente de significado ou, quando muito, uma tautologia.

a História e o Direito, a fim de se responder algumas indagações, como, por exemplo:

Até que ponto é defensável a tese segundo a qual a sociedade brasileira é formada por dois grandes grupos étnicos distintos, ou em termos mais claros, por "brancos" e "negros"?

Qual o tipo de discriminação existente no Brasil: "preconceito de origem", tal como praticado nos Estados Unidos, em que prevalece a política do *one drop rule*, segundo a qual serão considerados "negros" todos aqueles tiverem ancestrais "negros", independente da cor de sua pele[247], ou "preconceito de marca"[248] , baseada mais na aparência?

É possível falar em "preconceito de origem" em uma sociedade com alto grau de miscigenação? Como identificar os destinatários de eventuais políticas públicas baseadas em critérios raciais? Quais critérios deveriam ser utilizados? Teriam eles validade científica[249]?

Em uma sociedade onde predomina o "preconceito de marca", seria adequada a adoção de políticas raciais de forma indistinta, já que o fato gerador de discriminação não é a origem e sim a aparência? Mas em assim sendo, qual a utilidade das estatísticas que dividem a população entre "brancos" e "negros"?

Como se dá a associação entre discriminação racial e o acesso às instituições de ensino superior públicas?

Percebe-se que as questões acima suscitadas não envolvem, necessariamente, a comprovação da existência ou inexistência do racismo no Brasil, mas tão simplesmente na aferição da consistência e validade dos argumentos até aqui largamente apregoados pelos defensores das políticas raciais como justificativa para sua adoção, em especial o próprio conceito de identidade racial e a suposta

---

[247] MAGNOLI, Demétrio. Uma gota de sangue: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009.

[248] NOGUEIRA, Oracy. Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais. São Paulo, T. A . Queiroz, 1979.

[249] PENA, Sérgio Danilo Junho. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira.História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 12, n. 1, p. 321-46, maio-ago. 2005. ____. Igualmente Diferentes. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

vinculação das desigualdades econômico-sociais encontradas no Brasil à origem étnica e à cor da pele dos brasileiros.

Tal discussão permitirá avaliar se tais políticas públicas são fiéis à herança histórico-cultural da sociedade brasileira e, por via de conseqüência, sua compatibilidade ao nosso sistema Constitucional, no que diz respeito, em especial, aos princípios da igualdade (art. 5º, caput, I); de vedação ao preconceito de cor e a discriminação (art. 3º, IV), bem como do racismo (art. 4º, VIII, e 5º, XLII) e da proporcionalidade, bem como aos subprincípios da adequação, da razoabilidade e da proibição do excesso.

Conclusão

O presente estudo objetivou traçar um panorama analítico do discurso proferido pelos defensores, no Brasil, da adoção de políticas públicas de viés racial à luz da teoria da identidade do sujeito constitucional de Michel Rosenfeld.

No primeiro capítulo, tentou-se apresentar as linhas gerais da teoria de Ronselfed. Nesse sentido, após ter-se observado que a identidade constitucional figura essencialmente como um vazio, uma carência, foram analisados os momentos lógicos de surgimento da identidade do sujeito constitucional, com especial destaque à função que a negação, a metáfora e a metonímia exercem para a formação da identidade constitucional.

O segundo capítulo dedicou-se a análise da necessidade de imposição de algum tipo de limite à disseminação da identidade comunitária pré-política da nação, mormente em consideração à inevitabilidade do confronto entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, decorrente da tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo moderno e a tradição, e da possibilidade de uma mesma norma constitucional, a partir de relevantes fatos históricos diversos, produzir significados e sentidos distintos. Para tanto, apontou-se a aplicabilidade do conceito de refutabilidade de Karl Popper.

No terceiro capítulo, pretendeu-se delinear, a partir da teoria de Rosenfeld, algumas questões cujas respostas poderão auxiliar a aferição da consistência e validade dos argumentos utilizados em favor da construção de uma identidade “afro-

descedente" e, por via de conseqüência, sua compatibilidade como nosso sistema Constitucional.

Isso porque, para além da discussão acerca da necessidade de valorização das diversas culturas que deram origem à atual sociedade brasileira, a institucionalização de políticas públicas importará em uma profunda transformação da autoimagem de todos os brasileiros. Os resultados positivos e negativos dessa mudança de paradigma, dessa forma, deverão ser sopesados como o máximo rigor.

Referências

ALMEIDA, André. O que pretendem afirmar as políticas afirmativas. Texto disponível no sítio http://noracebr.blogspot.com/2010/07/o-que-pretendem-afirmar-as-politicas.html. Acessado em 31/7/10.

CARDOSO, Fernando Henrique. Capitalismo e Escravidão no Brasil Meridional. O Negro na Sociedade Escravocrata do Rio Grande do Sul. 5ª ed. revista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. Genocídio Racial Estatístico. *In* Divisões Perigosas: Políticas Raciais no Brasil Contemporâneo. Org. Fry, Peter et al. (Org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CUNHA, Euclides da. Os Sertões. São Paulo: Nova Cultural. 2003.

D'ADESKY, Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

DÁVILA, Jerry. Diploma de Brancura: Política Social e Racial no Brasil – 1917-1945. Trad. Cláudia S'antana Martins. São Paulo: UNESP, 2006.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 17.

FERNANDES, Florestan. A luta contra o preconceito de cor. In Relações raciais entre brancos e negros em São Paulo. São Paulo: UNESCO/Anhembi.

FREYRE, Gilberto. Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51ª Ed., rev. São Paulo: Global, 2006.

FRY, Peter. A persistência da raça: Ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África austral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, raças e democracia. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo. Ed. 34, 2002.

KAMEL, Ali. Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Nílsia Trindade. DE SÁ, Dominichi Miranda. Roquette-Pinto e o anti-racismo no Brasil. *In* Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil contemporâneo. Org. Fry, Peter et al. (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2007, p. 81.

LOPES, Cristina (Org.). Cotas raciais: Por que sim?. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ibase: Observatória da Cidadania. 2006. Disponível no sítio http://www.ibase.br/userimages/ibase_cotas_raciais_2.pdf

MACHADO, Paulo Pinheiro. A Política de colonização do Império. Porto Alegre: EdUFRGS. 1999.

MAGNOLI, Demétrio. Pardos. *In* Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil contemporâneo. Org. Fry, Peter et al. (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2007. p.119.

_______________. Uma gota de sangue: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009.

NOGUEIRA, Oracy. Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais. São Paulo, T. A . Queiroz, 1979.

PENA, Sérgio Danilo Junho. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 12, n. 1, p. 321-46, maio-ago. 2005.

_______________. Igualmente Raciais. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

PINHEIRO, Luana. Et al. (Org.). Retrato das Desigualdades de gênero e raça. 3ª ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008.

PIOVESAN, Flávia.“O STF e a diversidade racial”. Folha de São Paulo. 17/7/03.

POPPER, Karl. Ciência, Conjecturas e Refutações. Trad. Benedita Bettencourt. Brasília: Ed. Almedina, 2006.

ROSENFELD, Michel. A identidade do Sujeito Constitucional. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

TAYLOR, Charles. Muticulturalismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

THEODORO, Mário, et ali (Org.). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea. 2008.

ZONINSEIN, Jonas. FERES JUNIOR, João. (Org.). Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

CAPÍTULO 4

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES FORMAIS E MATERIAIS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

MARCUS FIRMINO SANTIAGO[250]
DOI 10.11117/9788565604031.04

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de omissões administrativas que coloquem em risco a eficácia de direitos fundamentais serem submetidas ao controle do Judiciário, considerando que todos os direitos desta natureza demandam, em algum grau, a implementação de condições concretas para seu exercício, responsabilidade que, em primeiro plano, é concentrada nas mãos do Estado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, omissões administrativas, orçamento público, Poder Judiciário.

Abstract

This article analyses the possibility of administratives omissions that put in risk the efficiency of fundamental rights be under Judiciary control, taking into consideration that all rights with this nature requires concret conditions to its exercice, responsability that, in first place, is concentred in State’s hands.

Key-words: Fundamental rights, administrative omissions, public budget, Judiciary.

Introdução

A positivação nos textos constitucionais de novos direitos, reconhecidos como fundamentais, destinados a preservar o ser humano e garantir sua participação na vida política, realça nas Constituições traços que, em sua nascimento, não eram tão valorizados. Se, em sua origem em fins do Século XVIII, esperava-se destes textos que contivessem as regras básicas para organização do Estado e limites para exercício do poder, em tempos atuais maior ênfase adquire o

---

[250] Doutor em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho. Professor do Curso de Mestrado em Direito do IDP. Advogado.

reconhecimento e a tutela de direitos reputados fundamentais. Fruto de um processo histórico que desloca o eixo central do constitucionalismo – da organização e controle do poder estatal, que, consequentemente, deveria assegurar as liberdades dos cidadãos para um modelo que efetivamente prioriza a proteção do ser humano – o pensamento jurídico contemporâneo tem nos direitos fundamentais um horizonte norteador que se coloca como referencial em todos os momentos da vida.[251]

A partir da década de 1950, entra em marcha nos países europeus centrais (especialmente a então Alemanha Ocidental) um processo de redescoberta e desenvolvimento dos direitos fundamentais, aos quais é conferida a qualificação de *normas objetivas de princípio*, reflexo das opções valorativas dos povos (resgatando-se a teoria de Rudolf Smend, pensada à luz da Constituição de Weimar, acerca da natureza valorativa dos direitos fundamentais). Resta evidente, do pensamento que neste período começa a ganhar corpo e se projetar pelo mundo, a *estrutura dual* dos direitos fundamentais, que se qualificam, de um lado, como direitos subjetivos dos cidadãos face ao Estado (a compreensão tradicional), e, de outro, como normas objetivas que expressam um conteúdo axiológico de validade universal e estabelecem um correlativo sistema de valores, levando, para dentro da ordem jurídica positiva, elementos de cunho moral.[252]

A carga valorativa reconhecida a semelhantes direitos foi decisiva para que se lhes reconhecesse papel central no ordenamento jurídico, figurando, ainda, como fundamento de legitimidade primeiro de toda a normativa infraconstitucional. A conformidade de cada ramo do Direito com a ordem constitucional de valores reflete o que alguns autores denominam *efeito de irradiação*, característica marcante desta nova fase do constitucionalismo que implica na permanente influência dos direitos fundamentais no sistema de regras positivas, de sorte que elaborar, interpretar e aplicar normas jurídicas se colocam como tarefas diretamente sujeitadas à órbita de

---

[251] Há que se destacar que, se por um lado o reconhecimento de direitos fundamentais em normas constitucionais positivas não pode ser visto, propriamente, como uma novidade, por outro, discrepa à concepção clássica do constitucionalismo o papel de centralidade a estes ora outorgado. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986, p. 401.

[252] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 105-107.

influência daqueles direitos.[253]

O gradual crescimento do espectro normativo dos direitos fundamentais acarreta na direta imposição de vasta gama de condutas, tanto para o Estado quanto para os particulares, que se deparam, cada vez mais, com limites e diretrizes expressos ou subjacentes às promessas naqueles contidas. Consequência relevante se nota na abertura ao controle estatal sobre relações tradicionalmente reputadas como ínsitas à esfera de autonomia da vontade, autorizando-se ou, mesmo, impondo-se a presença de entes públicos nestes espaços de modo a assegurar efetivo respeito aos direitos fundamentais. Nesta medida, concretizar tais direitos apresenta-se como um dos escopos do Estado contemporâneo, devendo esta obrigação ser elevada ao topo das prioridades políticas das nações.

Semelhante certeza tem permitido ampla reorientação no exercício das funções públicas as quais, vinculadas aos preceitos constitucionais e legais consagradores de direitos e pressionadas pela sociedade política cada vez mais consciente de suas prerrogativas, se vêem na contingência de orientar suas condutas segundo os interesses do corpo social. E este, por seu turno, amparado nas garantias que a positivação de vasto rol de direitos confere, encontra condições para assumir papel ativo na reivindicação de meios idôneos à sua efetivação.

Em países de *baixa densidade democrática*, como o Brasil, onde a consciência acerca da força política dos grupos sociais é muito branda, a direta relação entre estes atores e os Poderes Políticos mostra-se difícil, o que coloca em destaque outros caminhos capazes de acolher reivindicações populares. Encontra-se em instituições como a imprensa um canal de expressão para os anseios sociais, sendo notório o destaque por esta atingido especialmente junto às camadas menos favorecidas. Já dentro da estrutura estatal, o Poder Judiciário, com progressivo relevo, vem assumindo a atribuição de porta-voz das mazelas humanas, sendo-lhe formuladas exigências e outorgadas tarefas que, tradicionalmente, nunca lhe disseram respeito.

O Judiciário, diante desta contingência, não se tem furtado a ocupar espaços deixados vagos, tomando para si o protagonismo na realização de direitos

---

[253] BÖCKENFÖRDE. Sobre la situación... p. 110-111.

fundamentais constitucionais, o que acaba por contrapô-lo aos Poderes Executivo e Legislativo, com insuportável freqüência os principais responsáveis pelo desrespeito àqueles, seja por condutas contrárias ao plano normativo constitucional, seja em razão de omissões que verdadeiramente inviabilizam o exercício de direitos.

A tarefa conferida ao Judiciário como guardião da Constituição, protegendo e fazendo cumprir suas normas, por vezes encontra limitações em pilares normativos, conceituais ou axiológicos do Estado Democrático de Direito. A defesa de uma atuação judicial praticamente irrestrita – esteja ela pautada na esperança de que a busca pelo ideal de justiça sempre oriente aquele ao qual é dado dizer o Direito, ou na profunda desilusão com os Poderes políticos – que vem se difundindo no pensamento e na prática do Direito não pode fechar os olhos para alguns graves óbices que se lhe opõem.

Dentre estas barreiras, da qual a vista não se pode desviar, encontra-se a *escassez de recursos financeiros* para consecução de políticas públicas necessárias ao implemento de condições para o exercício de variados direitos fundamentais. Acomodar este dado, que decorre da realidade institucional, com as crescentes reivindicações por ativa participação do Judiciário em defesa da sociedade e da integridade constitucional, não raro até mesmo se substituindo ao administrador ou ao legislador, coloca-se como um dos problemas contemporâneos ainda não resolvidos. Afinal, a que ponto monta a real dimensão da discricionariedade administrativa na escolha das políticas públicas e, mesmo, sua subsistência face ao dirigismo constitucional? Até onde deve ir o respeito pela autoridade dos órgãos de representação social em um cenário de reiteradas omissões legislativas?

Talvez uma compreensão do Direito firmemente fincada em valores sociais possa justificar a realocação de recursos com esteio em critérios estatuídos na Carta Magna, em textos legais ou – uma hipótese por vezes sustentada – identificados a partir de valores não positivados, aclamados pela sociedade, abrindo-se, desta forma, espaço para a argüição da constitucionalidade dos dispositivos normativos utilizados pelo administrador para praticar os atos imprescindíveis ao manejo das verbas públicas.

Por estes motivos é que se coloca na ordem do dia a discussão acerca do permanente – e ainda não solucionado – conflito entre o dever que a todos os

Poderes assiste de conferir efetividade ao plano normativo constitucional, não deixando que suas promessas restem vazias, e os limites que tolhem intervenções indevidas de um Poder na órbita de atribuições de outro, o que, afinal, também se apresenta como uma garantia para a sociedade.

Cumpre questionar, no atual momento metodológico vivenciado pelo constitucionalismo, algumas das possibilidades e limites para exercício da jurisdição constitucional no controle das normas de natureza orçamentária, sempre tendo em mira a necessidade de implementação em sua máxima potencialidade dos direitos fundamentais. Sendo certo que ao Judiciário, no exercício de sua função precípua, não é dado se furtar a coibir, ou sanar, as lesões que os direitos dos jurisdicionados sofram – independentemente de quem seja o agente que, por ação ou omissão, os desrespeitem – enfaticamente vem lhe sendo exigida atuação gradualmente maior, forçando-o a se imiscuir em esferas do poder político antes inacessíveis.

2 A Ideia de um Mínimo Existencial: quais são os direitos básicos?

A tutela dos direitos fundamentais assume, no Estado Democrático de Direito, papel essencial, podendo-se afirmar que gravita em torno de si o interesse público. Reconhecer um papel de centralidade a semelhantes direitos permite sustentar que o pilar do ordenamento jurídico contemporâneo se situa na garantia da *vida com dignidade*.[254] O fundamento do denominado *princípio da dignidade* é o ser humano, o que impende realçar o pressuposto lógico da defesa da vida, condição objetiva de existência dos homens. A intangibilidade da vida é condição de cujo reconhecimento depende a efetiva preservação das pessoas. Seu respeito, por certo, demanda a observância de alguns desdobramentos naturais, como a manutenção da integridade física e psíquica, a consideração dos pressupostos mínimos de liberdade e convivência harmônica e o acesso aos meios materiais essenciais ao exercício da vida.[255]

Esta derradeira ideia acerca dos elementos fundamentais para a realização da humanidade de cada pessoa dá ensejo à teoria do *mínimo existencial*, o qual

---

[254] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro: PADMA. n. 9, jan./mar. 2002. p. 4.

[255] AZEVEDO. Caracterização Jurídica... p. 13.

caracteriza-se como uma proteção contra a pobreza absoluta resultante da desigualdade social, justificando a concessão de meios materiais básicos para que os seres humanos possam efetivamente gozar sua liberdade.[256] Assim pondera Ricardo Lobo Torres:[257]

> O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social. Mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados.

Mínimo existencial é categoria jurídica abstrata e dificilmente definível. É possível apontar seu conteúdo e delineamento geral, sendo certo, contudo, que ao tempo e à realidade social dentro dos quais venha a ser considerado caberá fornece-lhe os elementos caracterizadores, essenciais à sua compreensão. Marcos Maselli Gouvêa enxerga neste conceito os contornos de um rol de direitos que seriam indispensáveis não à simples sobrevivência, mas à existência digna.[258]

Sem querer, por ora, discutir os méritos (ou deméritos) das teses que sustentam o conceito de mínimo existencial, há que se ter por certo somente ser admissível semelhante construção se esta parcela de direitos fundamentais essenciais for compreendida de modo a viabilizar uma sobrevivência digna, onde todos possam realizar plenamente suas potencialidades. Afinal, só há efetiva proteção a direitos fundamentais – seja negativamente, contra intervenções indevidas, ou positivamente, demandando condutas tendentes a viabilizar sua máxima realização – quando se reconhece plena exigibilidade e se busca conferir tutela a toda sorte de direitos constitucionalmente reconhecidos que, por óbvio, não podem ser excluídos de semelhante rol.

---

[256] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do principio democrático. *in* BARROSO, Luís Roberto. (org.) *A Nova Interpretação Constitucional.* Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 311.

[257] TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar. n. 177, jul./set. 1989. p. 32-33.

[258] GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas.* Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 234.

O alerta se mostra pertinente especialmente ante a postura adotada por alguns juristas contemporâneos. Ricardo Lobo Torres, por exemplo, afirma (contrariamente ao ora defendido) estar o mínimo existencial atrelado aos direitos de liberdade, reconhecendo caráter apenas subsidiário às prestações de natureza social, as quais "(...) *não são obrigatórias*, posto que derivam da ideia de justiça", posição que encontrou resistência na doutrina de autores como Peter Häberle e José Joaquim Gomes Canotilho, citados pelo próprio.[259] Em obras mais recentes, Lobo Torres vem defendendo sofisticado raciocínio por meio do qual afirma a necessidade de se metamorfosear os direitos de matiz social, considerados em um sentido estrito, em direitos de liberdade, transformando-os, assim, em mínimo existencial.[260]

Porém, como já dito, entende-se apropriado, especialmente em face da realidade social vivenciada neste país, pugnar pelo reconhecimento de uma normatividade em grau máximo e plena justiciabilidade, por conseguinte, a todo o rol de direitos fundamentais, não reconhecendo diferenças nem admitindo restrições ao espaço de proteção por eles construído. Esta ideia pode ser compreendida como consectário lógico da dogmática jurídica contemporânea, atenta à necessidade de se permitir a plena realização das disposições constitucionais, retirando delas "(...) o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais".[261]

É importante notar, ainda, que a ideia de um mínimo existencial traz em si a possibilidade de se defender limitações na extensão das tarefas prestacionais necessárias ao acontecer de vários direitos, abrindo espaço para teses capazes de justificar omissões do Poder Público ao restringir as condutas que dele poderiam ser exigidas.

2.1 A natureza prestacional dos direitos fundamentais

---

[259] TORRES. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. p. 41.

[260] TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. *in*. SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-3.

[261] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 257.

Os direitos fundamentais têm por característica comum carregarem um custo, em algum grau, tanto para a sociedade civil quanto para os entes públicos, aos quais incumbe primacialmente o papel de destinatários dos efeitos inerentes ao sistema protetivo por aqueles forjado. Este custo, inerente a todos os direitos básicos da existência humana, se reflete tanto nas abstenções impostas quanto nas prestações freqüentemente demandadas, obrigando à disponibilidade de meios materiais para implementar condições fáticas que possibilitem seu efetivo exercício.[262] Independentemente da natureza que ostentem – direitos de liberdade ou sociais – todos, de alguma forma mais ou menos essencial à sua realização, carregam em si esta característica.

Para Victor Abramovich e Christian Courtis:[263]

> (...) algunos derechos sociales se caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas – los llamados derechos-prestación, es decir, aquellos que requieren la distribución de algún tipo de prestación a sus titulares (...) – pero (...) esto también sucede con los derechos civiles – que exigen prestaciones de la administración de justicia, o de los registros civiles, (...) o de las fuerzas de seguridad.

As obrigações que lhes são consequentes consubstanciam-se em deveres de respeito, proteção, garantia e promoção dos direitos fundamentais, dentre os quais podem-se contemplar tanto atitudes positivas quanto negativas, indistintamente necessárias à sua promoção. Como sustenta Ingo Sarlet, os direitos caracterizados como prestacionais "(...) necessariamente devem ser considerados em sentido amplo, na medida em que não se restringem (...) aos direitos sociais (...)".[264] Reforça-se, desta feita, o vínculo existente entre direitos de liberdade, sociais e culturais, sendo certo que todos dependem, em maior ou menor grau, da implementação de normas e políticas para sua realização. "Temos, portanto, que um

---

[262] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 200.

[263] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. *in* SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 138.

[264] SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 202.

mesmo direito fundamental abrange muitas vezes um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e deveres, negativos e positivos."[265]

O ponto de vista ora defendido não é unívoco, pairando ainda dúvidas acerca do surgimento de deveres estatais como decorrência direta da estipulação de direitos fundamentais. Leciona Gustavo Amaral, analisando a questão dos direitos sociais, que três correntes podem ser identificadas:[266]

> (...) a dos que nega eficácia aos direitos sociais, já que a carga positiva depende de mediação do legislador e de meios materiais, a dos que vêem os direitos sociais com o mesmo nível que os direitos individuais, muitas vezes decorrendo uns dos outros e uma terceira, que vê os direitos sociais vigendo sob a reserva do possível, eis que a realização demanda emprego de meios financeiros.

Admitindo-se a possibilidade de o núcleo essencial das normas instituidoras de direitos fundamentais ser irrestritamente realizável, vê-se, junto com Robert Alexy, que o "(...) Estado é, portanto, necessário não só como instância de concretização mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem."[267] A atuação estatal voltada a concretizar as promessas de proteção trazidas pelos direitos fundamentais afigura-se essencial, colocando-se o ente político como o principal responsável pelo cumprimento das prestações, positivas ou negativas, que se mostrem necessárias.

A materialização deste dever pode se dar tanto no plano legislativo, através da regulamentação do texto constitucional tendente a viabilizar sua plena exigibilidade, quanto na seara administrativa, por intermédio da implementação de políticas públicas necessárias ao cumprimento dos deveres dos entes estatais, sempre objetivando a realização de seu núcleo essencial, o qual "(...) se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales."[268]

---

[265] SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 219.

[266] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha.* Em busca de critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 61.

[267] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo.* Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217, jul./set. 1999. p. 62.

[268] LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La Tutela de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. *in Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio* – treinta años como

É importante, porém, buscar refutar qualquer pretensão que vise a esgotar no agir do Poder Público o esforço por concretizar direitos essenciais. Afinal, não se pode esquecer a existência de direitos fundamentais cuja implementação demanda prestações de entidades privadas ou até mesmo de pessoas físicas, como ocorre com os direitos dos trabalhadores, por exemplo. Neste sentido a análise de Oscar Vilhena Vieira:[269]

> De forma genérica (...) pode-se dizer que o Estado tem obrigação não apenas de respeitar os direitos fundamentais como, também, de garanti-los. Já aos indivíduos cumpre primeiramente respeitar os direitos dos demais, sem que tenham o mesmo ônus que o Estado na garantia destes direitos. O papel dos indivíduos é mais indireto.

Em que pese a maior responsabilidade aos entes públicos atribuída, é certo que tais direitos geram obrigações também entre os membros da coletividade, pelo que ações ou abstenções se afiguram plenamente exigíveis nas relações intersubjetivas com vista a proteger ou realizar direitos, buscando-se, ainda que coercitivamente, permear com sentimentos de respeito e solidariedade os relacionamentos humanos.

3 Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais

O reconhecimento de uma efetividade em grau máximo às normas instituidoras de direitos fundamentais é tarefa que tem demandado largo esforço, canalizado para a superação de um ideário que insiste em restringir a amplitude da órbita de influência das normas constitucionais.

Distinções concernentes à carga eficacial de direitos fundamentais, erigidas segundo critérios formais ainda se fazem presentes, não sendo poucos os autores que permanecem convictos da incapacidade de normas constitucionais preponderantemente programáticas consubstanciarem planos ideológicos passíveis de imediata concretização. Forte, contudo, é a tendência de lhes reconhecer

---

investigador de las ciencias jurídicas. Tomo III. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 2345.

[269] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46-47. No mesmo sentido, STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

suficiente eficácia normativa, a dispensar atos de natureza concretizadora para que sejam imediatamente aplicáveis.[270] Adquire relevo esta controvérsia em vista de larga parte do rol de direitos fundamentais ser identificado em normas constitucionais daquela espécie, o que leva à subsistência da dúvida concernente à sua carga eficacial.

Mesmo sem adentrar profundamente na discussão, mostra-se possível, desde logo, exaltando as bases teóricas que permitem admitir a premissa de que as normas instituidoras de direitos fundamentais são sempre imediata e plenamente aplicáveis – não encontrando limitações à expressão de seu conteúdo valorativo – indicar pela plena justiciabilidade de tais direitos. De outro modo, estar-se-ia justificando inconcebível limitação à possibilidade de se impedir o reclamo de semelhantes direitos pela via do Poder Judiciário, indispensável canal de reivindicações. Justifica-se, assim, a colocação de Robert Alexy:[271]

> (...) não existe somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto, que exista um Estado que concretize tais direitos. A institucionalização inclui necessariamente justicialização.

O reconhecimento da justiciabilidade dos direitos fundamentais, como condição inafastável para sua efetividade, é afirmada, ainda, por Ferrajoli:[272]

> (...) para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales cuanto sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables por su violación, sea por comisión o por omisión.

Em verdade, a caracterização de um direito fundamental como um direito pleno não apenas se dá pela estipulação de alguma conduta a ser objetivamente observada por particulares ou pelo Estado, mas igualmente pela possibilidade concreta de, em não se verificando seu cumprimento, poder a mesma ser exigida,

---

[270] SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 263-264.

[271] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo.* Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217. jul./set. 1999. p. 73.

[272] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trota, 2001. p. 917.

compelindo-se seus destinatários a agirem em conformidade com os preceitos abstratamente estatuídos.[273]

Desta forma, admitir uma teoria jurídica que refute a identificação das normas conformadoras do substrato de direitos essenciais com promessas quase irrealizáveis abre espaço para que, diante de situações onde seu conteúdo material não esteja sendo adequadamente concretizado, faça-se presente a possibilidade de invocar a incidência de mecanismos coercitivos tendentes a sanar as lesões à sua integridade. Torna-se possível que, como afirma Ferrajoli,[274]

> (...) junto a la *participación política* en las actividades del gobierno sobre las cuestiones reservadas a las mayorías, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos.

No Poder Judiciário, titular precípuo do exercício da função jurisdicional, passa a ser reconhecido, por conseguinte, um papel de garante, em derradeira instância, dos direitos fundamentais, abrindo-se a possibilidade de este vir a se manifestar sempre que deixem os demais Poderes de cumprir as obrigações decorrentes das premissas daqueles abstraídas, "(...) sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplir con las acciones positivas debidas."[275]

3.1 Efetividade dos Direitos Fundamentais: o papel do Judiciário em defesa de sua integridade

O quadro que atualmente se afigura, já contemplado e comentado por autores como Lenio Streck,[276] mostra o Judiciário como o Poder proeminente no Estado Democrático de Direito, assumindo o lugar de destaque que nos Estados

---

[273] ABRAMOVICH; COURTIS. Apuntes sobre la Exigibilidad... p. 144.

[274] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. p. 918.

[275] ABRAMOVICH; COURTIS. Apuntes sobre la Exigibilidad... p. 143.

[276] STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-fundamentais. *in* SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *passim*.

Liberal e Social pertenceu ao Legislativo e Executivo, respectivamente. A natureza apolítica – ou não predominantemente política – de sua atividade talvez explique a confiança depositada, pautada na esperança de que a aplicação técnica do Direito conduziria a um resultado justo, desapegado de interesses pessoais ou partidários.[277]

A isto se junta elemento essencial, que se infere mesmo de superficial observação do quadro pintado em incipientes democracias como a brasileira: *a representatividade democrática é extremamente reduzida e larguíssima porção da sociedade não encontra formas eficazes para exprimir suas vontades*. Os Poderes políticos mostram-se pouco abertos aos clamores vindos dos grupos representativamente minoritários, apesar de, em termos quantitativos, consistirem em expressiva maioria. Nesta tela, *o Judiciário aparece como um espaço aberto para manifestação democrática e reivindicação de direitos, servindo como canal de comunicação entre sociedade civil e Poderes Públicos* e oferecendo uma via de acesso, ainda que indireto, ao Legislativo e, com maior ênfase, ao Executivo.

Ademais, não se poderia deixar de considerar que o Estado Democrático de Direito tem na Constituição seu centro e norte, assumindo, esta, papel preponderante na tarefa de ordenar a atuação estatal. Sendo certo que ao Judiciário é atribuída a função de assegurar a observância dos preceitos constitucionais, com especial relevo para a pauta de direitos fundamentais, outra realidade não se conceberia, senão o fortalecimento de sua posição assecuratória.

Violações a direitos fundamentais podem ser decorrentes de atos comissivos ou omissivos, praticados por particulares ou pelo Estado, conforme variem seus destinatários e as prestações a eles arbitradas. Independentemente da natureza da lesão ou de seu agente perpetrador, uma vez caracterizada em razão dos variados critérios que abrangem a sistemática de exigibilidade e tutela dos direitos fundamentais, abrem-se as portas do Poder Judiciário para que este, no exercício de sua função típica, venha a solucionar as controvérsias concernentes a toda sorte de direitos, restaurando a harmonia social. Assim ponderam Victor Abramovich e

---

[277] AMARAL. *Direito, Escassez e Escolha.* p. 18-22.

Christian Courtis:[278]

> El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.

Sobre a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, alude Ingo Sarlet:[279]

> (...) há que se ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais (...)

A questão, contudo, não se resolve de modo tão simples, devendo-se considerar alguns elementos concretos que se apresentam como limites ao atuar jurisdicional que adentra em esferas tipicamente reservadas aos demais Poderes estatais.

4 Limites à Intervenção Judicial na Esfera de Discricionariedade Administrativa

Vários são os elementos conceituais, usualmente identificados, que criam limites ao atuar do Poder Judiciário na busca por implementar condições para o pleno exercício de direitos fundamentais, suprindo ineficiências dos Poderes Políticos na realização de políticas públicas essenciais. Veja-se o diagnóstico de Abramovich e Courtis:[280]

> (...) el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para ejecución forzada de una sentencia que condénela Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados (...) etcétera.

---

[278] ABRAMOVICH; COURTIS. Apuntes sobre la Exigibilidad... p. 143-144.

[279] SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 360.

[280] ABRAMOVICH; COURTIS. Apuntes sobre la Exigibilidad... p. 148.

No estudo do presente tema, a apreciação das variadas condicionantes que se colocam face ao posicionamento favorável ao amplo desempenho de tarefas pelo Poder Judiciário ganha espaço ante sua inegável relevância. Afinal, defender uma verdadeira redefinição dos limites de atuação dos Poderes instituídos significa romper com paradigmas consagrados há séculos e impõe a tarefa de erguer novos alicerces conceituais capazes de sustentar tão complexa obra.

Em trabalho no qual estudou emblemático caso decidido pelo Judiciário argentino, Mariano Morelli lista alguns argumentos típicos da clássica doutrina constitucionalista que refutam o ponto de vista ora defendido. Sobre a divisão de Poderes, salienta a afirmação corrente de que "(...) las cuestiones vinculadas con el diseño de la política económica son facultades privativas del Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial debe abstenerse de intervenir en las esferas que son privativas de los otros poderes." Ao que se soma a obstinada crença de que:

> (...) las cuestiones sócio-económicas ponen en juego criterios político-presupuestarios, arquitectónicos, que van mucho más allá de un caso concreto, que los jueces no están en condiciones de abarcar y que sería peligroso que lo hiciesen por el riesgo de 'gobierno de jueces'. Se trata de cuestiones políticas no justiciables, sujetas a análisis de oportunidad y a consideraciones holística, que exceden el problema del caso y su legalidad.[281]

Cumpre destacar, neste turno, que os paradigmas forjados na era de apogeu do liberalismo não podem ser transportados, sem a devida revisão conceitual, para o momento metodológico ora vivenciado pelo Direito e pelo Estado. O modelo estatal vigente – ou que se tenta construir – não admite que valores pouco afeitos à necessidade de se assegurar a preservação da dignidade humana, viabilizando-se a implementação da pauta de direitos fundamentais, prevaleçam. Daí ser imperioso repensar verdades que parecem restar inquestionáveis. Como pondera Andreas Krell,[282]

> (...) parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos

---

[281] MORELLI, Mariano G. *La Justicia Social y su Protección Jurisdiccional.* Consideraciones con ocasión de un caso judicial. Disponível em: http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero7.htm. Acesso em 01 mar. 2005. p. 95-96.

[282] KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 22-23.

> gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

É certo que o espaço de atuação tradicionalmente reservado ao Poder Executivo abarca a prerrogativa de exercer as escolhas pertinentes aos rumos políticos orientadores da nação. Estabelecer prioridades, elegendo as áreas cujas carências devem ser atendidas primordialmente, é uma das tarefas que lhe incumbe, para o que precisa lidar com a disposição dos recursos públicos necessários à consecução das políticas sociais, as quais, em tese, devem se orientar segundo um plano político chancelado pelo voto popular. Com esteio neste último elemento, destaca Cláudio Pereira de Souza Neto mais um argumento relevante:[283]

> (...) uma das principais objeções que se formula à noção de que cabe ao Judiciário a concretização de direitos sociais prestacionais diz respeito justamente à legitimação democrática: a concretização de direitos sociais implica a tomada de opções políticas, já que essas opções se dão em cenários de escassez de recursos, e se concretizar direitos sociais implica decidir, estabelecer prioridades, implementar políticas públicas, essa tarefa caberia consequentemente ao legislativo e ao executivo, que foram eleitos para tanto e refletem, em suas deliberações, a vontade da maioria.

A ideia orientadora do Estado Democrático indica que os Poderes Políticos sempre pautam suas condutas em razão da vontade das maiorias que, ao elegerem seus representantes, aquiesceram com o plano de prioridades ofertado. Legitimada pelo voto popular, recebe a Administração autoridade para dispor das receitas públicas, privilegiando as políticas que entende mais adequadas à satisfação das necessidades sociais. Por outro lado, não se pode esquecer que as maiorias eventuais precisam ser contidas, sendo elementos essenciais da democracia respeito e proteção aos interesses das minorias, realçando a natureza contramajoritária da ordem constitucional.

Porém, ao lado de todas estas questões coloca-se ainda outra, que se destaca por levar a controvérsia a ultrapassar os limites do plano teórico dogmático,

---

[283] SOUZA NETO. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais. p. 323.

adentrando no espaço do real, das limitações concretas à justiciabilidade dos direitos fundamentais.

4.1 Limites materiais à justiciabilidade dos direitos fundamentais: a ideia de reserva do possível

É imperioso ter em mira que, em um universo de verbas restritas e necessidades crescentes, ao implementar condições para o exercício de direito fundamentais, inevitavelmente deve o administrador realizar *escolhas dramáticas*,[284] tutelando determinados direitos, ou grupos humanos, em detrimento de outros. Ao se defender a possibilidade de o Judiciário se imiscuir nestas opções, sanando eventuais omissões que venham a inviabilizar o exercício de direitos essenciais ao ser humano, não se pode desviar os olhos da enorme barreira representada pela escassez de recursos públicos.[285]

Freqüentemente, a tutela da pretensão de um único litigante implica na alocação de vastos recursos, que serviriam para atender às necessidades de ampla camada da população.[286] Lidar com a composição das verbas orçamentárias envolve escolhas políticas, às quais se juntam atos de gestão vinculados a parâmetros previamente definidos para realização de gastos, fazendo com que se veja o administrador adstrito, ao realizar suas escolhas, à *reserva do possível,* a qual abrange tanto a possibilidade quanto o poder que lhe assiste de dispor das verbas públicas.[287] Para Robert Alexy:[288]

> A teoria dos princípios pode (...) levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade.

Mesmo que se entenda gerarem os direitos fundamentais uma

---

[284] GOUVÊA. *O Controle Judicial...* p. 133.

[285] Ideia explorada em suas máximas possibilidades na obra de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights:* Why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

[286] GOUVÊA. *O Controle Judicial...* p. 253.

[287] SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 282.

[288] ALEXY. Colisão de direitos fundamentais... p. 79.

responsabilidade inafastável para o administrador, que se veria, então, adstrito à tarefa de implementar condições para o seu pleno exercício, subsistem os limites fáticos que dificultam sobremaneira a satisfação de absolutamente todas as necessidades. Afinal, como visto, a efetivação da quase totalidade de direitos fundamentais demanda, em maior ou menor grau, condutas positivas por parte do Poder Público. Este, para agir, precisa realizar despesas, necessariamente, já que somente pode se expressar por meio de seus agentes.

A incapacidade financeira do Poder Público se afigura, sob este prisma, como um limite à justiciabilidade de direitos, podendo-se vislumbrar como desarrazoada qualquer exigência capaz de lhe impor que adentre em campos além desta fronteira. Por outro lado, não se pode reconhecer nesta uma justificativa para toda e qualquer omissão lesiva aos direitos fundamentais. Como salientou o Ministro Celso de Mello, em decisão proferida na ADPF 45,[289]

> Não será lícito, no entanto, ao Poder Público (...) – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

É certo que o *fator custo* inerente aos direitos fundamentais, sejam eles de natureza social ou não, não constitui elemento impeditivo para a atuação judicial que objetive sua efetivação.[290] Porém, como pondera Ingo Sarlet (e salta aos olhos de qualquer leigo), considerando-se que a realização das prestações reclamadas não é possível sem a concorrência de alguma despesa, a conjuntura econômica dos

---

[289] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Políticas Públicas. Intervenção Judicial. Reserva do Possível. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Rel. Min. Celso de Mello. j. 29.04.2004. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 02 jun. 2005.

[290] Sendo as carências sociais crescentes, da mesma forma como o reconhecimento de novas e diversas situações onde a intervenção do Poder Público se mostra necessária, a arrecadação de recursos precisaria aumentar em igual proporção; porém, isto não se pode dar sob pena de o Estado violar o principio da capacidade contributiva dos jurisdicionados, direito fundamental de liberdade.
Vê-se, portanto, que a questão insere o jurista em ciclo cruel no qual, almejando proteger e concretizar um direito fundamental, corre o risco de violar outro, em uma seqüência aparentemente ininterrupta. E no meio disto coloca-se o Judiciário, do qual se espera que corrija os erros dos Poderes Políticos, apontando-os para o rumo da dignificação do ser humano, destinatário mor de seu atuar. *Porém, como impedir que também a atuação do Judiciário venha a se transformar em um grande e maléfico equívoco?*

órgãos públicos não pode ser ignorada, já que dela depende, diretamente, sua satisfação.[291]

Por outro lado, embora seja este um dado da realidade que não pode ser ignorado, compreende-se que a tese da reserva do possível como um limite para a análise de atos – comissivos ou omissivos – que atentem contra a efetividade de direitos fundamentais talvez não represente barreira tão difícil de ser transposta. Sendo certo que as atividades legislativa e executiva são amplamente vinculadas por preceitos constitucionais irrestritamente aplicáveis, ao que se soma a tarefa conferida ao Judiciário de resguardar a integridade do modelo constitucional instituído originariamente, plausível se mostra a conclusão pela possibilidade de decisões emanadas deste Poder legitimamente interferirem na esfera de discricionariedade daqueles, aferindo-lhes a adequação ao plano normativo maior.

4.2 Intervenção do Judiciário pela via do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias: a posição do STF

Certamente os principais instrumentos para exercício do poder de gestão financeira que ao Administrador incumbe são as leis orçamentárias (descritas no artigo 165 da Constituição Federal de 1988). Isto se deve, fundamentalmente, a duas premissas: a estrita vinculação dos atos da Administração ao ordenamento jurídico (o princípio da *legalidade*); e a impossibilidade de seus atos serem praticados sem que despesas ocorram (os já mencionados *custos dos direitos*). Disto decorre que a ausência de previsão de despesas na competente lei orçamentária pode inviabilizar a alocação de recursos necessários a implementar qualquer política pública. Autoriza-se inferir, assim, que nas leis orçamentárias residem óbices à consecução de medidas imprescindíveis ao dever de dar concretude ao texto constitucional, especialmente em suas instâncias basilares. Daí que, não raro, o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos estatais, tanto omissivos quanto comissivos, ligados à discussão sobre efetividade de direitos fundamentais, deverá passar pela análise da conformidade das leis orçamentárias com o plano normativo constitucional.

Perscrutando os precedentes ofertados pelo Supremo Tribunal Federal,

---

[291] SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 281.

encontra-se uma jurisprudência cautelosa no que pertine ao controle de constitucionalidade de leis orçamentárias. Em julgados mais antigos, nota-se a prevalência de ideia favorável ao controle, pela via concentrada, da constitucionalidade de leis de natureza orçamentária. Assim é que, em junho de 1993, ao decidir Questão de Ordem na ADIn n.º 612/RJ, afirmou o Ministro Celso de Mello a sindicabilidade, em controle abstrato, de Lei de Diretrizes Orçamentárias (à qual incumbe estipular metas e prioridades da Administração Pública, orientando a elaboração da lei orçamentária anual), no que foi unanimemente acompanhado pelo Tribunal.[292] Observando, contudo, a *transitoriedade* daquela lei (assim como da própria lei orçamentária), visto que sua vigência se restringe ao período correspondente ao exercício financeiro que deve regular, assinalou que o controle somente pode ocorrer enquanto formalmente viva esteja.

Em manifestações posteriores, contudo, percebe-se que o foco dos julgadores se desvia para a apreciação da natureza jurídica que reveste o ato por meio do qual se materializam as leis orçamentárias. Em outras palavras, mesmo possuindo natureza formal de lei ordinária, o regramento orçamentário não ostentaria idêntica natureza jurídica, visto que espelha *atos de efeito concreto*, ligados a situações de caráter individual e específico. Consequentemente, não seria passível de controle pela via abstrata, a qual somente se presta à apreciação da constitucionalidade de *atos materialmente normativos*. Assim se encontra, por exemplo, no julgamento das ADIns 1716/DF, em 19.12.1997 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), 1640/DF, em 12.02.1998 (Rel. Min. Sydney Sanches), 2100/RS, em 17.12.1999 (Rel. para acórdão Min. Nelson Jobim) e 2484/DF, em 19.12.2001 (Rel. Min. Carlos Velloso).

Cumpre destacar que o entendimento pela restrição à sindicabilidade judicial das leis orçamentárias, sob o pretexto de sua natureza de *leis de efeitos concretos*, não excluía a possibilidade de serem submetidas ao *controle difuso de constitucionalidade*. Assim se lê na ementa da ADIn n.º 1640/DF: “Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos,

---

[292] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Lei de Diretrizes Orçamentárias. Natureza Jurídica. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 612/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. j. 03.06.1993. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 19 set. 2005.

como prevista na Lei em questão."[293] A esta conclusão chega o Tribunal pelo fato de que o sistema de controle concentrado brasileiro exige a análise em abstrato da norma impugnada, dissociada, portanto, de seus concretos efeitos. Logo, entendendo-se as leis orçamentárias intimamente vinculadas a situações jurídicas específicas, não poderiam ser confrontadas em tese com a Constituição, mas tão somente tendo-se em mira os efeitos político-administrativos concretos que delas emanem, o que destoa de uma das premissas básicas do controle em abstrato.

Esta crença, porém, foi revista no julgamento da ADIn n.º 2925/DF, no qual amplo debate foi instaurado com o fito de se apurar a possibilidade de ser ou não conhecida a ação.[294] A controvérsia entre os Ministros da Corte Suprema pautou-se tanto na apreciação da admissibilidade da demanda quanto de seu mérito, interessando, no momento, o debate sobre a primeira parte.

Após voto da Ministra Relatora, Ellen Gracie, entendendo pela impossibilidade de acolhimento da ADIn sob o argumento da "(...) ausência de abstração, generalidade e impessoalidade nas regras de natureza orçamentária (...)", as quais nada mais seriam que "(...) ato formalmente legal, de efeito concreto, portador de normas individuais de autorização", inaugurou divergência o Ministro Marco Aurélio. Em seu posicionamento foi acompanhado pelos demais Ministros que reconheceram, entre outros argumentos: que alguns recursos financeiros encontram, por força de expressa disposição constitucional, destinação específica (Marco Aurélio); que a insindicabilidade absoluta de leis orçamentárias poderia revesti-las de verdadeira blindagem contra a Constituição, estimulando o Administrador a utilizá-las como mecanismo de burla ao ordenamento constitucional (Gilmar Mendes e Carlos Ayres Britto); que não se dirigia, a norma impugnada, a sujeito determinado, conferindo-lhe poder para praticar específicos atos, mas, ao contrário, dava "(...) a certo sujeito o poder de caráter geral para praticar uma série de atos, os quais é que serão concretos." (Cezar Peluso).

---

[293] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Direito Constitucional e Tributário. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1640/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 12.02.1998. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 19 set. 2005.

[294] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processo Objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Orçamentária. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2925/DF. Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. j. 19.12.2003. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 19 set. 2005.

Quanto à noção de ato de caráter geral ou particular, vale transcrever manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence que, na ocasião, reviu sua opinião sobre o tema:

> Recordo a distinção de Kelsen, na Teoria Geral das Normas. Se o pai ordena: 'todos os meus filhos vão hoje à missa' tem-se um ato concreto; ao contrário, se determina: o meu filho Antonio vai visitar o avô todos os domingos, há norma abstrata, embora dirigida a uma única pessoa. (...) Aqui, realmente, o destinatário é o executor do orçamento; mas a norma pode reger um número indeterminado de condutas...

Desta feita, sendo certo que o Administrador (seja o Presidente da República, Prefeitos ou Governadores, ou, ainda, as autoridades delegadas) recebe, pela lei orçamentária, autorização para durante um ano inteiro "(...) aplicar e reaplicar a lei a seu talante (...)", consoante destacou o Ministro Ayres Britto, não há que se questionar a natureza abstrata do ato que consubstancia o regramento orçamentário anual. Consequentemente, não só o controle pela via difusa – realizado diante das concretas violações a direitos em decorrência da aplicação da norma inconstitucional – pode ser exercitado face à lei orçamentária, mas também o controle pela via concentrada, realizado em abstrato, enquanto estiver viva a ameaça à integridade da Constituição.[295]

Daí é que se afirma, como um consectário quase natural que, *deixando a lei orçamentária de contemplar políticas públicas essenciais à implementação de condições para o gozo de direitos fundamentais, nesta parcela será inconstitucional*. Logo, a manifestação judicial que interfira nas escolhas feitas pelo Administrador (que não são exclusivamente políticas, mas também jurídicas) encontra respaldo na própria Constituição e no dever que a este Poder assiste de zelar pela sua integridade.

---

[295] O posicionamento firmado neste precedente orientou decisões nas ADIs 4049/DF (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 05.11.2008); 3949/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.08.2008); e 4048/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.05.2008), todas referentes a normas cujo objeto dizia respeito a questão orçamentária, além da ADI 3352/DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02.12.2004), que se valeu do mesmo precedente para afirmar a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de norma reconhecida como de efeitos concretos.

5 Epílogo

Veja-se então que, seja a partir de raciocínio dogmático conceitual, seja graças à construção da Corte Constitucional brasileira, *sob o ponto de vista jurídico,* a reserva do possível não é um óbice à atividade jurisdicional voltada a corrigir escolhas administrativas que possam implicar em indevidas restrições ao pleno gozo de direitos fundamentais.

No exercício da jurisdição constitucional (tanto pela via concreta quanto abstratamente), buscando manter íntegro o texto constitucional e realizar as promessas nele inscritas, mais do que autorizado, se vê o Judiciário obrigado a adentrar em esferas antes compreendidas como alheias ao seu controle, embrenhando-se na análise das políticas públicas. Afinal, *a autorização política concedida aos administradores pelas maiorias que os elegem não pode acarretar na supressão de direitos consagrados pelo constituinte, voltados à realização do pilar central do Estado Democrático*.

Por outro lado, em que pese uma firme crença na possibilidade de serem suplantadas as barreiras teórico-conceituais erguidas por uma dogmática tradicional, legitimando-se o suplantar destes óbices, é fato que a realidade cotidianamente vivenciada - com dramática intensidade - em países como o Brasil freqüentemente inviabiliza a concretização de semelhantes construções lógico-jurídicas.

Quando se olha para a situação de miserabilidade em que se encontram várias regiões brasileiras, percebe-se que, diante de inúmeras demandas, o Direito não tem capacidade de oferecer respostas para as carências humanas. Em outras palavras, por mais brilhantes que sejam as construções jurídicas, sempre correm o risco de restarem desprovidas de utilidade quando confrontadas com o real; *é preciso reconhecer que existem espaços onde o Direito não consegue penetrar, existem problemas para os quais o Direito não tem solução* e, mesmo quando obtém sucesso, não se mostra capacitado a oferecer algo mais do que paliativo moral aos pequenos e grandes dramas sociais.

Afinal, decisões judiciais podem impor, sob o argumento da preservação da ordem constitucional, a realocação de recursos financeiros, mas é preciso, para que possam ser efetivadas, que os recursos existam, naturalmente... Esta triste realidade

coloca ao jurista, claramente, a limitação de sua ciência e a imprescindibilidade de seu pensar e atuar estarem coadunados com outras áreas do saber como a política, a sociologia, a economia, a medicina ou, mesmo, a nutrição.

Conclusão

O modelo estatal constituído sob o paradigma democrático contemporâneo coloca a proteção dos direitos fundamentais como pilar central da ordem instituída, pelo que, em razão dela, se forma todo o corpo legislativo e se orienta a atuação política do Estado. Este, por seu turno, não mais pode ser visto como em ente que se contrapõe à sociedade civil, numa tensa coexistência, ao contrário. O Estado Democrático se caracteriza pelo imbricamento entre Estado e sociedade civil em uma intercomunicação criativa permanente, onde as esferas de retenção de público e privado se transformam.

Em muito se deve, tal guinada paradigmática, à exaltação dos direitos fundamentais que, em sua caminhada histórica, acabaram por compor as bases teóricas e normativas das Constituições atuais. Pelo fortalecimento de uma pauta de direitos voltada à tutela do ser humano, alcançaram, os grupamentos sociais, expressivo canal de participação democrática no qual reside, também, a via por onde se manifesta a atuação estatal voltada à realização de seus direitos mais básicos.

O intervencionismo estatal surge como um mecanismo realizador, e não mais opressor, que gera consequências em todos os planos da vida dos direitos, onde se incluem as antigas redomas dentro das quais reinava a autonomia da vontade. Tão expressiva participação acaba fazendo com que novas e crescentes demandas pendam sobre os Poderes estatais, especialmente os políticos, não sendo admissível a manutenção de uma postura absenteísta, negadora de proteção a direitos mínimos, essenciais à existência digna. Porém, nem sempre as reivindicações formuladas encontram respostas adequadas, seja por desinteresse ou incapacidade dos administradores em lidar com a boa gestão das políticas públicas, seja por limitações jurídicas ou materiais que dificultam ou, por vezes, inviabilizam a implementação de condições para o exercício de direitos fundamentais.

Às Constituições dirigentes coube o papel de delimitar o plano de ação dos Poderes políticos, fornecendo, consequentemente, larga margem de controle sobre seu proceder, tarefa consignada ao Judiciário que, no exercício da jurisdição constitucional, tem por tarefa dar concretude às promessas de proteger e exaltar o ser humano em sua dimensão de dignidade. Aclara-se, desta forma, a existência de novos paradigmas orientadores do atuar dos Poderes estatais, sendo indiscutível a reformulação dos espaços ocupados por cada um deles promovida no seio do Estado Democrático.

Há que se ter em mira, também, que o Direito possui limitações, não lhe sendo possível oferecer resposta para todos os problemas que afligem a humanidade. Como visto, *o limite à atuação do Poder Judiciário identificada na reserva do possível, sob o prisma jurídico, é irreal*. A natureza dirigente da Constituição brasileira e sua conformação em torno do pilar direitos fundamentais acabam por retirar das mãos dos administradores a plena capacidade para determinar políticas públicas, dispondo dos recursos financeiros de acordo com pressões oriundas de grupos majoritários.

Por outro lado, com triste freqüência o plano constitucional resta descumprido, mas não por falta de enfática mobilização judiciária ou incapacidade dos administradores e, sim, por absoluta falta de verbas. Ao cabo desta pesquisa, que a várias outras se junta, conclui-se que muito pouco adianta uma Constituição dirigente, atenta à necessidade de se tutelar o ser humano em todas as suas potencialidades, ou um Judiciário ativista, preocupado em dar efetividade à Constituição, se a pobreza continuar representando uma crescente e intransponível barreira para que o ser humano consiga conservar sua humanidade.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. *in* SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo.* Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217, jul./set. 1999 (a).

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo.* Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217. jul./set. 1999 (b).

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha.* Em busca de critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *in* TORRES, Ricardo Lobo. (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro: PADMA. n. 9, jan./mar. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade.* Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. 1. ed. 19. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Políticas Públicas. Intervenção Judicial. Reserva do Possível. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Rel. Min. Celso de Mello. j. 29.04.2004. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 02 jun. 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Lei de Diretrizes Orçamentárias. Natureza Jurídica. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 612/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. j. 03.06.1993. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 19 set. 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Direito Constitucional e Tributário. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1640/UF. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 12.02.1998. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 19 set. 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processo Objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Orçamentária. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2925/DF. Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. j. 19.12.2003. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 19 set. 2005.

DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale.* Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trota, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas.* Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *in* TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La Tutela de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. *in Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio* – treinta años como investigador de las ciencias jurídicas. Tomo III. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. *in* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001.

MORELLI, Mariano G. *La Justicia Social y su Protección Jurisdiccional.* Consideraciones con ocasión de un caso judicial. Disponível em: http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero7.htm. Acesso em 01 mar. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do principio democrático. *in* BARROSO, Luís Roberto. (org.) *A Nova Interpretação Constitucional.* Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-fundamentais. *in* SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente?* Disponível em http://www.leniostreck.com.br Acesso em 27 jun. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar. n. 177, jul./set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. Justiça Distributiva: Social, Política e Fiscal. *Revista de Direito Renovar.* Rio de Janeiro: Renovar. n. 1, jan./abr. 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. *in* TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. *in*. SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAPÍTULO 5

REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA: A LEI DA FICHA LIMPA, O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O REFLEXO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS PROCESSUAIS

Luís Raul Andrade*
DOI 10.11117/9788565604031.05

Introdução

Farei algumas reflexões sobre a autonomia do sujeito a partir das discussões que precederam a Lei da Ficha Limpa e que levaram à declaração de constitucionalidade das novas causas de inelegibilidade. Tendo em vista a ideia de processo histórico, ressalto a necessidade de melhor refletirmos sobre o princípio da presunção de inocência, que, aliás, transcende as causas de inelegibilidade, afetando o sistema recursal e a efetividade do direito brasileiro.

Procuro demonstrar duas posições em torno das quais decorrem conclusões diferentes envolvendo o âmbito normativo do princípio da presunção de inocência. Uma perspectiva se aproxima do liberalismo político, que se apega, sobretudo, à ideia de direitos fundamentais individuais, os quais visam à proteção da dignidade da pessoal humana. A outra visão, mais próxima da tradição do republicanismo, de viés comunitarista, enfatiza a legitimidade do processo político de formação da opinião pública e da vontade institucionalizada. Essas perspectivas diferentes são notadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal envolvendo a ideia de vida pregressa.

Lanço mão do marco teórico desenhado por Jürgen Habermas sobre autonomia pública e privada, com destaque para os trabalhos sobre o processo político, compreendido a partir da filosofia política, para constatar a aprendizagem coletiva que remonta à Emenda Constitucional de Revisão nº. 4/1994, passando pelo julgamento da ADPF 144, em 6/8/2008 (DJe 26/2/2010), rel. min. Celso de

---

* Advogado, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Mello, e que termina com a promulgação da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) e o julgamento da ADC 30, em 16/2/2012 (DJe 29/6/2012), rel. min. Luiz Fux. Entendo que a esfera pública e a jurisdição constitucional aprenderam uma com a outra de forma complementar, a fazer *jus* ao significado de processo democrático.

Permanece, conquanto, uma divergência produtiva para a reflexão da comunidade jurídica, altamente relevante para a teoria do direito, sobretudo pela preocupação que se deve ter com a eficácia e a efetividade social do direito posto: trata-se do âmbito normativo do princípio da presunção de inocência. A ideia de presunção de inocência estaria a exigir o trânsito em julgado das ações que geram inelegibilidade? E nas demais ações, quando se exigiria o trânsito em julgado? Mesmo nos processos iniciados no juiz singular, em que uma demanda pode percorrer quatro graus de jurisdição, o direito à presunção de inocência informa que devemos aguardar o trânsito em julgado das mais diversas ações para efetivar o pleito formulado?

No julgamento da ADC 30, em 16/2/2012, rel. min. Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para efeitos de inelegibilidade política, é constitucional a causa de inelegibilidade que prevê apenas a condenação por órgão judicial colegiado. Penso que devemos passar a refletir a questão da presunção de inocência à luz do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, o que satisfaz tanto o direito ao devido processo legal, evitando o arbítrio, consoante a finalidade do constitucionalismo moderno, como administra ainda os riscos de erro, ao permitir à parte o direito de refutar os fundamentos de uma eventual condenação em primeira instância. Ao analisar o princípio do devido processo legal à luz do direito ao duplo grau de jurisdição, estaremos contribuindo, por outro lado, com o princípio da duração razoável do processo, fazendo-se efetiva a prestação jurisdicional, sem ofender o adequado direito de defesa.

2 Vida pregressa e presunção de inocência em torno das causas de inelegibilidade

Trago fragmentos da história recente envolvendo o princípio da vida pregressa e da presunção de inocência. Como alguns ainda recordam, foram acalorados os dias que precederam o julgamento da ADPF 144, em 6/8/2008.

Julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, a notícia repercutiu negativamente junto à opinião pública[296]. Desejava-se que juízes e tribunais eleitorais apreciassem determinadas causas de inelegibilidade da Lei Complementar 64/1990 (então modificada apenas pela Lei Complementar 84/1994), dispensando-se o trânsito em julgado de condenações que geravam inelegibilidade, conforme sugeriam precedentes judiciais das eleições de 2006[297].

O pleito da ADPF 144 baseava-se no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, que, desde junho de 1994, informava que a lei complementar de inelegibilidade política deveria avaliar a vida pregressa do candidato[298]. Ante a mora do Congresso Nacional (14 anos em 2008) em acrescentar critérios de avaliação do passado do cidadão, a Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB formulou pedido para que o Supremo Tribunal fixasse:

> (...) como condição e como modo de interpretação dos preceitos fundamentais, que caberá à Justiça Eleitoral sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem o trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato. (fl. 34 dos autos)

O voto condutor do min. Celso de Melo (ADPF 144) assentou que o princípio da presunção de inocência irradiaria inclusive para ações de natureza cível, o que depunha pela inconstitucionalidade do pleito[299].

---

[296] "Presidente, deram, tenho que admitir, uma esperança vã à população leiga e, também digo, muito trabalho ao relator deste processo. (...) Estamos aqui a lidar – e ressaltou bem esse aspecto a ministra Ellen Gracie – com a legalidade estrita especial, o que, considerados os valores do jogo, a própria cidadania, a Constituição Federal colou a necessidade de disciplina da matéria, mediante lei complementar. (...)". Trecho do voto do min. Marco Aurélio, julgando improcedente o pedido à fl. 981 dos autos da ADPF 144.

[297] O Tribunal Superior Eleitoral, em 2006, rechaçou essa tese que encontrou adeptos em inúmeros tribunais regionais eleitorais naquele ano. Tornou-se célebre o julgamento do RO 1.069/RJ, que, por cinco votos a quatro, fixou o entendimento de que não era autoaplicável o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal. Registrado na ementa está que "na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los."

[298] CF, artigo 14: "§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, <u>a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e</u> a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta." (Em destaque, trecho acrescentado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994).

[299] Registrou o voto do min. Celso de Mello na ADPF 144: "O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza não criminal, como resulta dos julgamentos ora mencionados, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, com a preservação da integridade de um princípio que não

Em divergência quanto à extensão da incidência do princípio da presunção de inocência, o min. Ayres Britto, vencido, apresentou outra faceta dos direitos políticos, ressaltando a perspectiva republicana e comunitária desses direitos, à luz da ideia de soberania popular, visando a assegurar uma deliberação política legítima do ponto de vista da razão pública[300].

De um lado, sob a perspectiva da proteção dos direitos fundamentais como direitos individuais a assegurar a dignidade humana, encontra-se a legalidade estrita e a ideia da presunção de inocência, a exigir lei específica e o trânsito em julgado das condenações que geram inelegibilidade. O direito de ser votado não poderia ser restringido senão por meio de lei. De outro lado, o entendimento de que a soberania popular não poderia tolerar a quantidade de evidências trazidas no histórico da vida pregressa de determinados cidadãos, sob pena de macular a formação da vontade política, revelava um ativismo de juízes inspirados na tradição política do republicanismo, tendentes a enfatizar a proteção da ética pública que legitima o processo político. Para a tradição do republicanismo, o Poder Judiciário tem o papel não só de defender os direitos fundamentais, mas, também, de assegurar a legitimidade da prática da política partidária que deixou de ser

---

pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, por arbitrária a antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!” (p. 819 dos autos). E complementa: “Por tal motivo, o constituinte impôs, como requisito necessário à suspensão dos direitos políticos, na hipótese de condenação criminal, o trânsito em julgado da respectiva sentença, pois a gravidade dos efeitos inibitórios que resultam da sentença penal condenatória mostra-se tão radical em suas consequências, na dimensão político-jurídica do cidadão, que tornou imprescindível, por razões de segurança jurídica, e de prudência, a prévia formação da coisa julgada.” (p. 851)

[300] Na oportunidade afirmou o min. Carlos Ayres Brito (fl. 905 e seg.): “Quanto aos magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, para que eles existem? Eles existem como a resultante lógica, como a consequência do particularizado exercício dos direitos de índole social e daqueles rotulados como de natureza individual. Logo, nestes últimos, o que se via em primeiro plano é beneficiar por modo concreto os individualizados sujeitos das duas categorias de direitos: direitos individuais e direitos sociais. (...) Quando nos colocamos, todavia, para os basilares princípios da soberania popular e da democracia representativa, quem primeiro resplende não são os bens de personalidade. Nem de personalidade individual nem de personalidade corporativa; pelo contrário, são valores ou ideias transindividuais, porque agora estamos no reino do coletivo. Reino de tudo aquilo que é de todos pela sua maior abrangência individual, geográfica e material, tudo conjugadamente. Por isso é que o eleitor, titular de direito político de votar, não exerce esse direito para primeiramente se beneficiar. Seu primeiro dever, no instante mesmo em que ele exerce o direito de votar, é para com a afirmação da soberania popular e da autenticidade do regime representativo. O mesmo acontecendo com o candidato. O candidato a cargo político eletivo só está autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade geográfica ou territorial por inteiro. Jamais para presentear a si mesmo, como direi Pontes de Mirando.”

altruísta[301]. Assim, é a conclusão do ministro Ayres Britto de permitir que juízes e tribunais eleitorais passassem a considerar fatos da vida pregressa do cidadão, sobretudo processos ajuizados contra ele, à luz da ideia de probidade e de moralidade para o exercício do mandato, para, por meio de juízo de ponderação, aplicar uma ou outra causa de inelegibilidade, mesmo sem o trânsito em julgado das ações.

Nenhuma das duas perspectivas afirma-se sem problemas. Em reportagem de imprensa especializada, Erick Pereira comentava: “O primeiro artigo da Constituição estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos. Como, então, pode-se tirar esse poder do cidadão e delegar a um tribunal a decisão sobre em quem ele pode ou não votar?” (...) “Não existe soberania popular relativa”[302]. Até que ponto o republicanismo não estaria se voltando contra a sua própria ideia de efetivar a soberania popular e, pois, a autonomia pública?

Já o secretário-geral do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, na mesma matéria jornalística, divergia: “defender a soberania popular a qualquer custo tornaria ilegítima qualquer decisão da Justiça Eleitoral. E uma das mais importantes funções da Justiça Eleitoral, desde sua origem, é exatamente a de sanear os costumes políticos no país”. Até que ponto os direitos fundamentais apenas individualmente concebidos não estariam depondo contra a própria liberdade que eles pretendem assegurar? Afinal, é pacífica a ideia de que o direito deve regular minimamente o processo político, sob pena de vitimar a cidadania e os indivíduos pelos abusos comumente verificados.

A APDF 144 foi julgada improcedente em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal por duas razões centrais: (i) tratava-se de ofensa à literalidade de

---

[301] Sobre ativismo judicial na tradição do republicanismo político, o comentário de Habermas (1997-I, p. 343): “O interessante é que o republicanismo, ao contrário do que sua inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do autocontrole judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Na medida em que a política deliberativa é renovada através do espírito da política aristotélica, esse conceito permanece referido às virtudes do cidadão orientado pelo bem comum. E essa imputação da virtude coloca o processo democrático, do modo como ele se desenvolve realmente nas democracias de massa do Estado social, na luz pálida de uma política instrumentalisticamente desvirtuada, ‘decaída’.”

[302] Cf. reportagem de Rodrigo Haidar em http://www.conjur.com.br/2010-jul-14/lei-ficha-limpa-enfrentara-dura-batalha-supremo-tribunal-federal (acesso em 02/09/2012).

dispositivos constitucional e legal, que exigiam ora lei expressa determinando os casos de inelegibilidade com base no critério da vida pregressa (Art. 14, § 9º, CF), ora exigindo o trânsito em julgado das ações que levavam à inelegibilidade (LC 64/90); (ii) ou ainda porque o pleito conduziria a uma insegurança jurídica que colocaria o direito político de se candidatar à mercê da subjetividade, vale dizer, da formação e das preferências pessoais do magistrado, o que ofendia também a princípio da presunção de inocência.

Dois anos depois do julgamento, por meio de movimento popular que mobilizou associações e a Ordem dos Advogados do Brasil, foi promulgada a Lei Complementar 135/2010, com a quase unanimidade de votos nas duas casas do Congresso Nacional. Essa lei modificou a Lei Complementar 64/1990, aumentando a quantidade de causas de inelegibilidade e majorando o período de inelegibilidade para oito anos.

Não obstante, dúvidas surgiam quanto à sua aplicação às eleições de 2010, em face do artigo 16 da Constituição Federal, e também quanto à constitucionalidade de outros dispositivos, sobretudo as alterações que dispensavam o trânsito em julgado das condenações que geravam inelegibilidade, sobretudo em face do princípio da presunção de inocência — bastaria agora que houvesse condenação por órgão colegiado para gerar a inelegibilidade.

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou casos concretos envolvendo a Lei da Ficha Limpa. Decidiu-se, em sede de controle difuso, que a lei não se aplicava às eleições de 2010[303]. Recentemente, por meio do julgamento da ADC 30, em 16/2/2012 (DJe 29/6/2012), rel. min. Luiz Fux, firmou-se o entendimento de que são constitucionais as causas de inelegibilidade que dispensam o trânsito em julgado de determinadas condenações.

A divergência que quero retomar permanece quanto ao âmbito da aplicação do princípio da presunção de inocência. A ementa da ADC 30 registra o seguinte entendimento:

---

[303] Em outra oportunidade tratei da divergência que havia no Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso: http://www.conjur.com.br/2011-mar-23/lei-ficha-limpa-compativel-adequada-constituicao. O título foi dado pelo Site Consultor Jurídico. Em síntese, o texto argumenta que a Lei Complementar 135/2010 não é aplicável às eleições de 2010 e sugere ser constitucional a norma do artigo 1º, I, “k”, da Lei Complementar 64/1990, acrescentada pela Lei da Ficha Limpa.

> 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.
> 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

Votos divergentes indicam que o princípio da presunção de inocência exigiria o trânsito em julgado das condenações que geram inelegibilidade, com fundamento, por exemplo, do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Antes de tecer minhas considerações sobre o tema, pretendo revelar o pano de fundo por trás dessas duas posições, a fim de esclarecer melhor o papel dos direitos fundamentais e da Constituição.

3 Processo político e representação popular

A partir das tradições políticas do liberalismo e do republicanismo, Habermas reconstrói, apropriando-se de características de ambas, um terceiro modelo teórico de compreensão do processo político, denominado de política deliberativa.

Em *Três modelos normativos de democracia*, Habermas (2004, 277-292) apresenta o significado dos direitos políticos adquirem para as teorias políticas do liberalismo e do republicanismo.

Para o liberalismo, os direitos individuais, dentre eles os direitos políticos, são direitos negativos, por meio dos quais o indivíduo se protege das ameaças provenientes do Estado. Eles asseguram um espaço de liberdade em que a pessoa pode atuar livremente, relacionando-se com todos os demais membros da sociedade política em busca da própria felicidade. Assim como os direitos

individuais, os direitos políticos são direitos pré-políticos, anteriores à sociedade política. O processo eleitoral apresenta-se paradigmaticamente concebido segundo o modelo do mercado: como uma competição a ser travada entre grupos de interesse. E a formação da vontade políticas é construída a partir da convergência dos interesses privados associados para a disputa eleitoral:

> O centro do modelo liberal não é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes, mas sim a normatização jurídico-estatal de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum entendido de forma apolítica, pela satisfação das expectativas de felicidade de cidadãos produtivamente ativos.(HABERMAS, 2004, p. 288)

Já o conceito de política deliberativa de Habermas incorpora o entendimento do republicanismo de que os direitos políticos institucionalizam um processo público de “participação em uma práxis comum, por meio de cujo exercício os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser — sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais”. O processo político assegura e realimenta um sistema de solidariedade intersubjetivo, voltado à consecução do interesse público:

> Esse estabelecimento da vontade política horizontal voltada ao entendimento mútuo ou ao consenso almejado por via comunicativa, deve gozar até mesmo de primazia, se considerado do ponto de vista tanto genético quanto normativo. Para a práxis de autodeterminação por parte dos cidadãos no âmbito do Estado, aceita-se uma base social autônoma que independa da administração pública e da mobilidade socioeconômica privada, e que impeça a comunicação política de ser tragada pelo Estado e assimilada pela estrutura de mercado. Na concepção republicana, confere-se significado estratégico tanto à opinião pública de caráter político quanto à sociedade civil, como seu sustentáculo. Ambos devem conferir força integrativa e autonomia à práxis de entendimento mútuo entre os cidadãos do Estado. (HABERMAS, 2004, p. 278)

Mas, distanciando-se do republicanismo, o conceito de política deliberativa não aguarda a participação direta dos cidadãos nas decisões públicas[304]. Nesse

---

[304] O republicanismo mais radical chega a contrariar a ideia de representação política, como se verifica no trecho de *O contrato social*, de Jean Jacque Rousseau (2000, p. 96-97): “A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade de modo algum se representa; ou é a mesma ou é outra; não há nisso meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser seus representantes; são quando muito seus comissários e nada podem concluir definitivamente. São nulas todas as leis que o povo não tenha ratificado; deixam de ser leis. O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante as eleições dos membros do Parlamento; tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é

ponto, Habermas adota a postura mais realista do liberalismo político, de que não se consegue fugir de uma democracia representativa nas atuais democracias de massa[305].

A reprodução do sistema de solidariedade assentado na cultura política de uma sociedade civil, orientada pelo uso público da razão, é a base do conceito normativo da política deliberativa, a qual se utiliza do espaço público construído pelo liberalismo político ao longo da práxis da representação política inglesa e americana, para fazer valer os ideais republicanos da formação da opinião pública na esfera institucionalizada de formação da vontade política do parlamento:

> O ponto mais interessante do direito racional que opera com a ideia rousseauniana e kantiana da autodeterminação é o da união entre razão prática e vontade soberana, a qual liberta o poder político de tudo aquilo que é apenas natural, conformando o exercício do poder político ao exercício da autonomia política dos cidadãos. (...) Quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem dois momentos: o poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador. (HABERMAS, 1997-I, p. 235)

A democracia, para a política deliberativa, depende da adesão de uma cidadania orientada ao entendimento e à consecução do interesse público, a qual pode influir no debate parlamentar ao formular discursivamente demandas, argumentos e opiniões que são então filtrados pelo espaço público político. O grande público participa e interfere nos processos argumentativos de formação da vontade mobilizando seus argumentos na esfera pública. Em síntese, esse é o núcleo do processo deliberativo da democracia representativa segundo o conceito de política deliberativa. Trata-se de uma soberania popular exercida

---

dado desfrutá-la, bem merece perdê-la. (...) Seja como for, no instante em que um povo se dá representantes, deixa de ser livre, cessa de ser povo.”

[305] “Segundo a concepção republicana, o povo (ao menos potencialmente presente) é portador de uma soberania que por princípio não se pode delegar: não é admissível que, em sua qualidade de soberano, o povo se deixe representar. O poder constituinte funda-se na práxis autodeterminativa de seus cidadãos, não de seus representantes. A isso o liberalismo contrapõe a concepção mais realista de que no Estado de direito democrático o poder estatal que nasce do povo só é exercido ‘em eleições e votações e por meio de organismos legislativos específicos, organismos do poder executivo e da jurisdição’ (é o que se lê, por exemplo, na art. 2º, §2º da Constituição da República Federal da Alemanha).” (HABERMAS, 2004, p. 291)

intersubjetivamente no espaço público político, sentido na forma de um poder comunicativo.

A Constituição Federal do Brasil dispõe no artigo 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente, nos termos dessa Constituição”. O artigo 14 consagra as formas de participação direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular. Não obstante a tendência de alguns em combinar esses dispositivos para afirmar que a soberania popular só é exercida periodicamente pelo voto, referendo, plebiscito ou iniciativa popular de lei, a soberania discursivamente concebida consiste no exercício livre de inúmeros outros direitos. Devem-se levar em conta os direitos de liberdade de imprensa, de associação e de expressão do pensamento, de reunião, todos considerados igualmente direitos essenciais à formação da opinião pública manejada no espaço público não distorcido.

A Constituição Federal, ao prever ainda a regra a publicidade das atividades dos órgãos públicos, submete seus representantes à coação exercida pela opinião pública, tornando-se imprescindível a justificação dos atos — sempre à luz da razão pública. Ou seja, os representantes políticos, imersos na discursividade da esfera pública, são obrigados a justificar seus atos e suas escolhas, participando inevitavelmente de um processo discursivo e argumentativo mediado pela grande imprensa.

A Teoria Discursiva da Democracia aposta, nesse sentido, nos processos constitucionais (legislativo, administrativo e judicial), os quais asseguram a comunicação mútua e a formação discursiva da opinião pública e da vontade institucionalizada. O republicanismo da política deliberativa torna-se assim realista e eficaz, vendo-se capaz de influenciar o trabalho parlamentar, que, por sua vez, também está lidando inevitavelmente com a lógica do poder e do dinheiro. Por isso, a soberania popular é exercida com base nos discursos públicos, e sua força encontra-se na coação dos melhores argumentos:

> A soberania diluída comunicativamente vem à tona no poder dos discursos públicos, o qual resulta de esferas públicas autônomas. O poder comunicativo é exercido à maneira de um assédio. Mesmo não tendo intenções de conquista, ele interfere nas premissas dos processos de juízos e de decisão do sistema político, a fim de fazer valer seus imperativos, na única linguagem capaz de ser entendida pela fortaleza sitiada: ele administra o *pool* de argumentos que o

> poder administrativo pode, é verdade, manipular instrumentalmente, porém não ignorar, uma vez que é estruturado conforme o direito. (Habermas, 1997-II, p. 273)

No contexto de uma soberania popular como processo (HABERMAS, 1997-I, p. 249-278), a representação democrática encontra-se coativamente sensibilizada pelo fluxo comunicativo gerado pela sociedade civil, filtrado pela esfera pública política, e por ela apresentada como opiniões e argumentos específicos a serem, caso a caso, tomados como verdadeiras petições no espaço institucional do parlamento.

As opiniões, palavras e votos dos representantes políticos encontram-se adstritos às questões atinentes a discursos que remontam a negociações e a decisões pragmáticas, envolvendo questões éticas de valores de comunidades específicas, os quais, em qualquer caso, devem se submeter a um teste legitimador de universalização de seus preceitos para se legitimarem argumentativamente (HABERMAS, 1997-I, p. 221-232).

É esse republicanismo temperado com o realismo do liberalismo político que permite visualizar linhas de ações efetivas para a razão pública ser implementada em prol da qualidade de vida e da universalização dos direitos fundamentais. Inibem-se, ainda, interpretações radicais do princípio democrático, como a já intentada por Carl Schmitt, de querer identificar a vontade uniforme da nação com a de um único líder (SCHMITT, 1996)[306].

---

[306] "Esse pensamento só pode ser desenvolvido num modelo comunicativo que se distancia das representações concretistas que veem no povo uma identidade. Por isso, ele [E. Fraenkel] procura interpretar de modo estruturalista o engate da formação institucional da opinião e da vontade na formação informal da opinião que acontece em esferas públicas mobilizadas culturalmente. Esse engate não pode dar-se através da homogeneidade do povo ou da identidade da vontade popular, nem através da identidade de uma razão à qual se atribui a capacidade de descobrir um interesse geral homogêneo que estaria na base de tudo. A interpretação da teoria do discurso não se afina com as interpretações clássicas. Quando a soberania comunicativamente diluía dos cidadãos se faz valer no poder dos discursos públicos que resultam de esferas públicas autônomas e procedem democraticamente, tomando forma em resoluções de corporações legislativas politicamente responsáveis, não se sufoca o pluralismo das convicções e interesses, o qual é liberado e reconhecido em compromissos e decisões da maioria. A unidade de uma razão inteiramente procedimentalizada se recolhe então na estrutura discursiva de comunicações públicas. Ela não legitima nem isenta de coerção nenhum consenso que não tenha passado pela reserva falibilista e que não tenha sido exercitado na base anárquica de liberdades comunicativas não circunscritas. No cambaleio dessa liberdade não há mais pontos fixos além do próprio processo democrático – um procedimento cujo sentido já está contido no sistema dos direitos." (HABERMAS, 1997-I, p. 231-232)

Portanto, o representante político, no paradigma do Estado Democrático de Direito, assume o papel de destinatário da comunicação pública intersubjetiva de formação da opinião pública política, e não de um sujeito com capacidades metafísicas, que de forma solipsista antecipa a vontade do povo, a qual, aliás, de forma alguma é uniforme. E tão somente na medida em que desempenha o papel de ator que interage ativamente no processo comunicativo e multifacetário do espaço público, ciente de que é o destinatário da opinião pública, é que sua atividade se torna amplamente legítima.

4 Os direitos fundamentais como direitos intersubjetivos

Procuro, neste tópico, ressaltar a natureza dos direitos fundamentais enquanto direitos intersubjetivos, analisando o papel do direito de representação e da representação popular em si, o que permitirá sublinhar o caráter público dos direitos fundamentais, que transcende a ideia de proteção da dignidade humana, para institucionalizar um processo público de deliberação.

Segundo a conceituação clássica, os direitos fundamentais têm a “função de defesa, auto-impondo-se como ‘direitos negativos’ directamente conformadores de um espaço subjectivo de distanciação e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados”. (CANOTILHO, 4ª Edição, p. 395).

Sobressai nos direitos de natureza essencialmente política o caráter público e intersubjetivo dos direitos fundamentais. Seu papel parece não se resumir ao bem-estar pessoal e individual de seus titulares, nem se resume ao papel de defesa do indivíduo. Nesse sentido, vou analisar o caráter público do mandato a partir da função que lhe é conferida pela Teoria da Constituição.

Clássicas apresentações informam os direitos fundamentais políticos como direitos que instituem um processo público de entendimento[307]. O direito político de

---

[307] O mandato representativo, segundo a doutrina clássica, caracteriza-se por ser geral, vale dizer, o representante deve atender os interesses de todos os membros da comunidade, livre, ou seja, ele não está adstrito às determinações ou ordens de seus eleitores diretos e é irrevogável, o que significa que o seu mandato não pode ser revogado por quem nele votou, porque sua representação estende-se aos interesses de todos os nacionais (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 139).

ser votado, desde as revoluções americana e francesa, atribui ao indivíduo a honra de pertencer a uma determinada sociedade política. Ele revela um compromisso intersubjetivo entre os cidadãos na condução da coisa pública. James Madison, defensor de uma soberania popular mais bem estabelecida pela democracia representativa do voto censitário, registrou, ao escrever o *Federalista nº 10*, o compromisso do representante político com a nação. Ele conferia ao representante eleito a missão de:

> (...) depurar e ampliar as opiniões do povo, que são filtradas por uma assembleia escolhida de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor à justiça serão menos propensos a sacrificá-lo a considerações temporárias ou parciais. Sob tal regulação, é bem provável que a voz pública, manifestada pelos representantes do povo, seja mais consoante com o bem público que se manifestada pelo próprio povo, convocado para esse fim. (MADISON, HAMILTON , JAY, 1993, p. 137)

Ao descrever o princípio da representação, Canotilho o faz já de forma compatível à ideia de soberania popular discursiva, sobretudo ao formular o conceito de representação política material:

> O princípio da representação [formal], como componente do princípio democrático, assenta nos seguintes postulados: (1) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de 'funções de domínio', feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; (2) derivação directa ou indirecta da legitimação do domínio do princípio da soberania popular; (3) exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo. Nisto se resumia a tradicional idéia de Lincoln: 'governo do povo, pelo povo e para o povo'" (...) A representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz, porém, a uma simples 'delegação da vontade do povo'. A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus actos, pois só quando os cidadãos (povo), para além de suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos actos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes actos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material. Existe, pois, na representação democrática, um <u>momento referencial substantivo</u>, um <u>momento normativo</u> que, de forma tendencial, se pode reconduzir às três idéias seguintes: (1) representação como <u>actuação</u> (cuidado) no interesse de outros e, concretamente, dos cidadãos portugueses; (2) representação como <u>disposição para responder</u> (*responsiveness*, na terminologia norte-americana), ou seja, sensibilização e capacidade de percepção dos representantes para decidir em congruência com os desejos e necessidades dos representados, afectados e vinculados pelos actos dos representantes; (3) representação como <u>processo dialéctico entre representantes e representados</u> no sentido de uma realização actualizante dos momentos ou <u>interesses universalizáveis do povo</u> existentes no

> povo (não em puras idéias de dever ser ou em valores apriorísticos). (CANOTILHO [4ª Edição], p. 290-292) (destaques do original)

Vale dizer, pois, que os direitos políticos impõem não só um dever de abstenção dos sujeitos contra quem se dirigem, e em favor de seu titular — daí o caráter negativo desses direitos —, mas também instituem direitos positivos, que institucionalizam o processo democrático comunicativo de autogoverno. À luz do conceito de representação material de Canotilho, fica ressaltado o caráter positivo do direito de representação, evidenciando o compromisso a que estão submetidos os representantes.

Como já indicado no item anterior, os direitos fundamentais, de maneira geral, caracterizam-se também por sua intersubjetividade, a institucionalizar um processo de comunicação e deliberação, visando ao entendimento sobre quais leis devem regular a vida em sociedade. Daí a observação de Habermas de que os direitos fundamentais não limitam-se a assegurar a dignidade humana individualmente concebida:

> Encontrar os direitos humanos e os direitos de cidadania na idéia de dignidade humana, como os juristas usualmente fazem hoje, não é errado, mas é insuficiente. Esse conceito refere-se polemicamente à 'honra' social particularisticamente determinada de ser membro de um Estado. O que foi originalmente definido como a inviolabilidade de status resultante da pertinência a um determinado Estado foi generalizado em uma "dignidade universal" que todo homem possuiria. No processo dessa universalização, no entanto, o aspecto intersubjetivo se perdeu. Enquanto o conceito de autonomia do cidadão une o sentido de autodeterminação individual com o de autolegislação política, a dignidade humana, por sua vez, é vista como intrínseca ao indivíduo singular, pensada como se fosse uma propriedade da pessoa abstrata anterior a qualquer socialização. [...] Para além disso, o vocabulário moderno da liberdade expressa melhor o fato de que as Constituições devem ser construídas como ordens legítimas da vida em comum do que o 'vazio discurso' ontológico sobre a dignidade humana[308].

O papel e o caráter intersubjetivo dos direitos fundamentais restarão mais claros ao se esclarecer no próximo intem a coprimordialidade entre autonomia pública e privada no Estado Democrático de Direito.

---

[308] Conferir sobre o tema Denninger (2000) e Habermas, *Notas sobre a tríade de Denninger* (trad. de Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos).

5 Autonomia pública e autonomia privada: a ideia de processo democrático

Compreendido o processo político de formação da opinião pública e da vontade parlamentar no contexto da soberania popular discursiva, e apontado o caráter intersubjetivo dos direitos fundamentais, pode-se agora esclarecer a ideia de processo democrático à luz do papel que a Constituição assume no contexto da política deliberativa.

O direito brasileiro é marco recentemente pela ascensão dos princípios à categoria de *norma* jurídica[309]. A Constituição e seu papel funcional foram ao mesmo tempo reinterpretados e apropriados reflexivamente à luz do aprendizado histórico — representados nos estudos habermasianos pelas reconstruções paradigmáticas do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1997; CARVALHO NETTO, 2004).

Canotilho, ao descrever as características das constituições contemporâneas, enfatiza o caráter principiológico e aberto que adquire o texto após os dois primeiros paradigmas, cujo resultado é o abandono do legalismo:

> Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – **legalismo** – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. [...] A perspectiva teorético-jurídica do 'sistema constitucional', tendencialmente 'principialista' permite **respirar**, **legitimar**, **enraizar** e **caminhar**. A respiração obtém-se através da 'textura aberta' dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem **valores,** (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento perscruta-se na **referência sociológica** dos princípios a valores, programas, funções, pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e

[309] Tal fenômeno ocorreu tanto no âmbito da teoria do direito, alterando a forma de interpretar e concretizar a Constituição, quanto na forma de legislar, com as chamadas cláusulas gerais e a especificação de princípios e subprincípios a serem aplicados nos diversos subsistemas jurídicos. São exemplos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990).

> procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa segundo circunstâncias factuais e legais (Bin).(CANOTILHO, p. 1126) (destaques do original)

O Estado Democrático de Direto está estruturado teoricamente na ideia de Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, cujo papel é estabilizar expectativas de comportamento e gerar integração social em face da desintegração causada pelos sistemas do dinheiro e do poder[310].

Essa integração produzida pelo direito só se viabiliza se alimentada por uma rede social de solidariedade, que, por sua vez, dependem de uma cultura política democrática e republicana, capaz de legitimar o processo legiferante, que requer, portanto, a adesão perlocucionária (proativa) de uma cidadania desinteressada, motivada, sobretudo, por um sentimento de patriotismo constitucional (HABERMAS, 2004, 127-152; CATTONI, 2006), uma vez que o velho nacionalismo encontra-se desbancado pelas sociedades multinacionais, multiculturais e plurais, bem como pelos resultados das duas grandes guerras mundiais.

A Constituição, ao assegurar as liberdades privadas, no interior das quais o cidadão não precisa se justificar para atuar segundo o estilo de vida próprio e segundo sua a ideia de felicidade, precisa garantir que essa mesma pessoa tenha assegurados direitos suficientes para poder interferir nos processos públicos de tomada de decisão, sob pena de vir a sofrer inflexões não legítimas de decisões

---

[310] Ao comentar sua obra Direito e Democracia, Habermas (2007, p. 1) afirma: “O primeiro tópico - forma e função do direito moderno - deriva de uma controvérsia sociológica sobre a função do direito moderno. A questão é se o direito moderno é só um meio para o exercício de poder administrativo ou político ou se o direito ainda funciona como um *medium* para a integração social. Neste particular filio-me à posição de Emile Durkheim e Talcott Parson contra Max Weber: as normas jurídicas são hoje o que resta de um cimento social que se acha esfarelado; se todos os demais mecanismos de integração social estão exauridos, o direito ainda provê alguns meios para manter agregadas sociedades complexas e centrífugas que de outra forma teriam caído aos pedaços. O direito figura como um substituto dos demais mecanismos de integração que falharam – mercados e administrações, ou valores, normas, e comunicação face-a-face. Esta capacidade integrativa pode ser explicada pelo fato de que normas jurídicas são particularmente funcionais como resultado de uma combinação interessante de propriedades formais: o direito moderno é todo formatado em termos de direitos subjetivos, ele a um só tempo é direito positivado e possui força coercitiva; e embora o direito moderno requeira de seus destinatários nada mais que um comportamento de acordo com a norma, ele deve não obstante atender a expectativa de legitimidade ao possibilitar que pessoas observem as normas, se elas o desejarem, por mero respeito ao direito.”

públicas que terminem por restringir a esfera de liberdade individual do sujeito de direito:

> A exigência da orientação pelo bem comum que se liga com a autonomia pública constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que os 'cidadãos da sociedade' cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos 'cidadãos da sociedade', assegurada [positivamente], pode capacitar os 'cidadãos do Estado' a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra. (HABERMAS, 2003, p. 172-173)

A ideia de coprimordialidade entre a autonomia pública e privada é estrutural e precisa estar no horizonte de compreensão e aplicação do intérprete, com destaque para a jurisdição constitucional, que cumpre papel central na reafirmação desse processo aberto de reinterpretação e reprogramação do sistema jurídico.

Trata-se de assegurar o desenrolar da história num ambiente de liberdade. Liberdade reinterpretada e refletida historicamente, pelo acúmulo de experiências positivas de autogoverno ou pelos tropeços e erros cometidos (ROSENFELD, 2003).

O Direito especializa-se não só em assegurar normas de direito material, como procura garantir os processos discursivos de participação e formação da opinião em meio a um ambiente de liberdade (ELY, 2010). A pluralidade latente das sociedades modernas fez com que a integração social espontânea gerada no mundo da vida perdesse eficácia nas sociedades pós-tradicionais, gerando os chamados dissensos fundamentados, os quais demandam o prolongamento dos discursos públicos sobre temas controversos[311]. Daí o destaque atual do caráter aberto e processual das normas constitucionais na Teoria da Constituição. Afirma-se que a abertura da linguagem constitucional é de extrema relevância, pois permite que as

---

[311] Tornado precário os consensos sociais nas sociedades pós-tradicionais, tem-se o aumento do risco de dissensos fundamentados, o que sobrecarrega a integração social promovida por meio das estruturas simbólicas "mediad[as] através de interpretações e convicções" (HABERMAS, 1997-I, p. 57). A contingência decorrente dessas condições de validade criticáveis torna precário o próprio pano de fundo formado por *standards* de racionalidade (HABERMAS, 1997-I, p, 57-58) que permitem uma comunicação mais efetiva. Esses dissensos só podem ser trabalhados e compensados nas sociedades atuais "prolongando os discursos" (HABERMAS, 1997-I, p. 59) sobre temas polêmicos, o que resulta em perda de integração social decorrente dos atos de interação intersubjetivos espontaneamente criados.

diferentes concepções comunitárias sobre a vida possam dialogar sem serem reprimidas por uma maioria ocasional, permitindo a reconstrução de compreensões paradigmáticas que se tornam insustentáveis pelo decurso da história (ROSENFELD, 2003).

Esses processos de aprendizagem remontam, simbólica e funcionalmente, ao ato de fundação da sociedade política (poder constituinte), para então, a um só passo, colocar o direito em perspectiva:

> O ato de fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais.
> Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se criticamente aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra a atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade preenchem as condições necessárias para um processo que produz legitimidade. Filósofos e especialistas de outras áreas podem contribuir, à sua maneira, para explicar o que significa perseguir e concretizar o projeto de uma associação de parceiros do direito livres e iguais, que a si mesmos se autodeterminam. Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explicar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos. (HABERMAS, 2003, p. 167)

Esse talvez seja o sentido mais profundo do constitucionalismo moderno. A Constituição e a jurisdição constitucional, portanto, devem buscar assegurar o aprendizado individual e coletivo das sociedades em um ambiente libertário, permitindo que a cidadania reinterprete seus valores, suas práticas e reprograme o sistema jurídico, viabilizando a transformação e o desenvolvimento social.

O papel da jurisdição constitucional, voltado à concretização dos direitos fundamentais, está vinculado à lógica de reafirmação da autonomia pública e privada que estrutura o conceito de processo democrático (HABERMAS, 2004, p. 277-292):

> Há, segundo Habermas, uma relação entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do Direto positivo, por um lado, e um modo de positivação ou de estabelecimento do Direito que é capaz de gerar legitimidade, por outro. Se normas coercitivas remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância liga-se à exigência de legitimação, segundo a qual, esse Direito escrito deve garantir equitativamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. Segundo Habermas, o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender a tal exigência. E, nesse sentido, cria-se, pois, uma relação conceitual ou interna entre Direito e democracia, e não apenas uma relação historicamente casual.(CATTONI, 2004, p. 174)

Entre democracia e direitos fundamentais existe uma relação de coprimordialidade. É o exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos que assegura a legitimidade do direito nas atuais sociedades plurais e complexas.

Cabe observar, finalmente, que essa teoria discursiva não se restringe às regras de processo (procedimentalismo), como se trabalhasse num vácuo de conteúdo. A Teoria Discursiva do Direito — ciente dos sentidos incompletos das mensagens constitucionais, dependentes do seu contexto de aplicação (Wittgenstein) — não dispensa o “substancialismo” imanente às culturas historicamente datadas das sociedades políticas, latentes que se encontram no mundo da vida, imediatamente revelado no momento em que as instituições do Estado precisam decidir, seja legislando, seja julgando[312].

5 O aprendizado em torno do critério de vida pregressa e do princípio da presunção de inocência

Introduzi esta reflexão descrevendo rapidamente os acontecimentos em torno da tentativa de fazer autoaplicável o critério da vida pregressa às causas de inelegibilidade da Lei Complementar 64/1990. Anotei que o julgamento da ADPF 144 pôde informar à opinião pública que questões jurídicas nem sempre dependem de interpretações e da boa vontade do julgador. Ficou registrada a necessidade de veicular, por meio de lei, causas de inelegibilidade que concretizassem critérios de apreciação da vida pregressa. Foi o que aconteceu.

---

[312] Sobre a complementaridade das chamadas teorias procedimentalistas e substancialistas, conferir Mônia Leal, *Jurisdição constitucional aberta* (2007).

Diversas associações e a Ordem dos Advogados do Brasil encamparam um movimento público que levou as casas do Congresso Nacional a promulgarem a Lei Complementar 135/2010, que, por decisão do Supremo tribunal Federal, precisou respeitar ainda a regra da anualidade do artigo 16 da Constituição, contra o que entendia parte da opinião pública.

Ao julgar a ADC 30, em 16/2/2012, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento pela constitucionalidade das causas de inelegibilidade que preveem apenas a condenação por órgão judicial colegiado.

Os fatos descritos e a posição do Supremo Tribunal nos julgamentos dessas ações mostram que o processo de autonomia pública e privada é realizado a contento pelos acertos tanto dos julgados que nos trouxeram até aqui, como pelo aprendizado social que fez mobilizar e estimular uma cidadania que deve saber se mobilizar, uma vez que nela se estruturam os processos discursivos da política deliberativa.

Esses acontecimentos mostram ainda que o corpo de representantes políticos do país permanece permeável ao poder comunicativo das demandas formuladas no espaço público, que, impedidas de implementar suas pretensões por meio da hermenêutica constitucional (tornar autoaplicável o critério de vida pregressa), canalizaram seus esforços para legitimar sua pretensão por meio do devido processo legislativo (CATTONI, 2000).

Introduzida no mundo jurídico a Lei da Ficha Limpa, restou vencido no julgamento da ADC 30 o entendimento de que o princípio da presunção de inocência estaria a exigir o trânsito em julgado das condenações que geram inelegibilidade.

A ideia de que o princípio da presunção de inocência não seria obstáculo constitucional às hipóteses de inelegibilidade decorrentes de condenação proferida por órgão judicial colegiado reflete o entendimento da Corte Constitucional hoje, fundamentado que está na ênfase republicana em assegurar a legitimidade da deliberação no processo político.

Parece-me que, do ponto de vista do direito ao duplo grau de jurisdição, a ideia de presunção de inocência pode ser mais bem compreendida, o que me faz distanciar, assim, dos dois entendimentos que disputam primazia, acima mencionados, fazendo jus à necessidade que o liberalismo político aponta de

assegurar os direitos individuais, ao tempo em que também se promove a efetiva proteção da legitimidade do processo político, consoante a perspectiva do republicanismo. Trata-se de formular uma compreensão do princípio da presunção de inocência adequada à ideia de coprimordialidade entre autonomia pública e autonomia privada.

Trata-se de tema complexo, que deverá ser apreciado em outras ocasiões de forma mais detida, dada a repercussão que o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição provoca no sistema processual, contribuindo para equacionar o problema da morosidade da prestação jurisdicional.

Todo indivíduo tem direito de ser julgado pelo juiz competente (natural). Em caso de condenação, ele tem o direito de recorrer, para que, rebatendo os fundamentos de eventual condenação, outro órgão judiciário possa rever o caso, firmando um segundo juízo, distante agora daquele primeiro que apreciou a demanda. O direito ao duplo grau de jurisdição termina aqui e, não pela sua simplicidade, deixa de ser menos fundamental do que o direito ao contraditório, o direito à instrução probatória, o direito à decisão fundamentada.

Assim como todo o arcabouço do constitucionalismo moderno, o direito ao duplo grau de jurisdição se volta contra o uso abusivo do poder da autoridade e, sobretudo contra o erro judicial. Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 74-75) anotam que:

> O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso.
> (...)
>
> Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles.

O conjunto de direitos que informa o devido processo legal tem o condão de assegurar direitos elementares de participação e produção de prova, a fim de que a acusação, superando os argumentos da defesa, possa firmar a correção de sua pretensão, autorizando o Estado a fazer uso legítimo da violência. O direito a uma decisão fundamentada visa igualmente a evitar uma condenação com base nos valores ou juízos estranhos ao sistema jurídico.

Tais direitos procuram administrar o arbítrio, o erro, assegurando às partes o direito de expor eventuais equívocos do julgamento. O direito ao duplo grau de jurisdição volta-se para essa mesma finalidade e revela-se valioso, na medida em que a parte pode contrapor-se aos argumentos aventados pelo órgão julgador, que encerra o processo em determinada instância.

O risco de um julgamento equivocado encontra-se muitas vezes na apreciação final que faz o julgador, em juízo conclusivo sobre o conjunto probatório dos autos, à luz das normas legais que em tese se aplicam ao caso concreto. Daí o *fundamental* direito ao duplo grau de jurisdição. Ele visa a assegurar ao acusado, antes de tudo, a revisão do processo que culmina na sua condenação. Ele estabelece, dessa forma, um segundo filtro, a fim de reduzir o risco de perpetuação de uma condenação injusta pelo órgão que julga primeiro.

O direito ao duplo grau de jurisdição, mais do que o direito de ter sua causa julgada por um tribunal superior, presumidamente mais qualificado (mas não imune ao erro), visa a assegurar a revisão do caso à luz dos argumentos que contestam os fundamentos da primeira condenação, bem como a participação, no segundo ato, de juízes que se mantiveram distantes do primeiro julgamento. A administração do risco de uma decisão injusta está centra, sobretudo, na possibilidade de rediscutir o que foi decidido perante um órgão distinto, do que necessariamente obter uma decisão do tribunal de última instância[313]. Isso me parece fundamental para a caracterização do princípio do devido processo legal.

O plexo de direitos do devido processo legal visa a administrar o arbítrio, mas não pode eliminá-lo. A probabilidade de erro aumenta na medida que se prolonga a duração dos processos, acumulando-os junto aos órgão judiciais. Assim, não parece produtivo, por outro lado, que o sistema processual que instaura três ou quatro graus de jurisdição — dentre outros incidentes processuais — possa assegurar a efetividade do direito pátrio por meio de uma prestação jurisdicional adequada permitindo à quase totalidade dos litigantes o acesso aos tribunais superiores como

---

[313] Não desconheço que uma série de fatores contribui, em regra, para a melhor qualidade dos provimentos dos tribunais, a começar pela composição colegiada de seus órgãos, o que coaduna com o entendimento que ora apresento.

regra ou princípio insuperáveis. A falência desse modelo é anunciada pelos próprios tribunais superiores[314].

Percebe-se, da lentidão na efetivação dos julgados, o agravamento do fenômeno que Canotilho chama de "aceleração" da prestação jurisdicional em detrimento do julgamento adequado e eficaz[315].

O sistema recursal assentado em quatro graus de jurisdição contribui para o acúmulo de processos, fazendo acelerar a análise dos casos, o que leva ao aumento da quantidade de erros, prejudicando, por seu turno, a efetividade e a normatividade do direito posto. Quando o direito perde juridicidade, tende a haver um aumento do número de litígios pela permissividade da sanção da norma que não se faz sentir, fazendo assim girar a roda que retroalimenta a morosidade e a queda na qualidade da prestação jurisdicional. Luís Roberto Barroso constata que nunca se fundamentou tão pouco e tão mal no Brasil[316].

Esse quadro, se correto, perpetua um estado generalizado de "informalidade", o que contribui para o agravamento do fenômeno da desjuridificação da Constituição, reproduzindo a exclusão de grande parcela da população do gozo dos

---

[314] Duas recentes declarações de ministros do STJ ilustram a situação que me refiro sobre a falência do sistema recursal. Em reportagem do Correio Braziliense, de 01/09/2012, Caderno Política, p. 8, o min. Felix Fisher, que tomou posse na presidência do tribunal em 31/08/2012 declarou: "Filtros adicionais ou óbices recusais devem ser urgentemente reativados. Caso contrário, a prática existente continuará a servir aos interesses de quem se beneficia com processos de eterna duração.". Também a min. Eliana Calmon manifestou-se sobre a questão: "O STJ está sendo tragado pela avalanche de processos, afastando-se do modelo posto e ingressando em espiral de complexidade burocrática que lhe desvirtua a atuação."

[315] "Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente 'justiça acelerada'. A 'aceleração' da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta" (CANOTILHO, [?], 487)

[316] Afirma Luís Roberto Barroso: "provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada 'motivação concisa', autorizada pela jurisprudência das Cortes superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas. Não é o momento aqui de examinar cada um dessas questões. Ainda que se possam admitir motivações concisas em muitos casos, certamente isso não é possível quando se trate de decidir adotando a técnica da ponderação. Nessas hipótese, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controla-la." (BARROSO, 2006, p.364-365)

direitos fundamentais[317], comprometendo o próprio processo democrático, dependente da eficácia e da efetividade social da Constituição.

Conclusão

O mote da reflexão sobre autonomia pública e privada e a divergência envolvendo o princípio da presunção de inocência em torno da Lei da Ficha Limpa servem para esclarecermos alguns pontos da Teoria da Constituição que vêm reafirmar a qualidade do processo democrático brasileiro, permitindo darmos continuidade a questões inacabadas e a problemas centrais do sistema jurídico.

Quanto ao princípio da presunção de inocência aplicado à Lei da Ficha Limpa, parece-me recomendável, em homenagem à ideia de aprendizado histórico, seja dada interpretação conforme ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição naqueles casos de provimento único condenatório por órgão colegiado, desde que cabível recurso à instância superior.

O direito ao duplo grau de jurisdição, enquanto direito fundamental decorrente do princípio do devido processo legal, ilumina as balizas do princípio da presunção de inocência, irradiando reflexões produtivas para a reforma do sistema processual brasileiro.

O juiz tem autonomia para decidir, mas suas decisões devem ser o produto coerente de uma prestação jurisdicional que efetive o direito legítimo. Nesse sentido, as divergências de interpretação/concretização das normas jurídicas devem ser cautelosamente manejadas, sobretudo pelos tribunais de justiça, de forma a assegurar a uniformidade do direito interpretado, assim como a coerência e a racionalidade de suas normas.

A falência do sistema recursal, que acentua a mencionada “aceleração” da prestação jurisdicional, produz a desjuridificação do direito posto, por ausência do que os norte-americanos denominam *law enforcement*.

---

[317] Sobre o fenômeno da desjuridificação da Constituição, verificar o artigo de Marcelo Neves, *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente* (1994).

As decisões dos tribunais superiores devem, em regra, ser observadas de forma proativa pelos demais juízes e tribunais, sob pena de não se conseguir aperfeiçoar a cultura jurídica em torno da efetividade da Constituição.

Nota-se uma crescente presença da vontade subjetiva do julgador, por vezes fundada no senso comum que pretere o direito posto, claro e legítimo. A razão disso talvez seja a ideia de neoconstitucionalismo que chega mal compreendida, fazendo da ponderação de princípios, voltada a enfrentar os chamados casos difíceis, uma licença para o arbítrio velado, sugerido mesmo pela boa-fé do magistrado — na maioria das vezes o fenômeno é inconsciente e decorre ainda dos fatores os mais diversos.

Esse comprometimento da qualidade da prestação jurisdicional e da efetividade da Constituição podem sugerir instrumentos de vinculação das decisões dos tribunais superiores. E, uma vez inadequadamente instituídos os conhecidos "filtros", poderemos, também de boa-fé, não só sufocar as divergências interpretativas responsáveis e adequadamente fundamentadas, necessárias à racionalidade discursiva e plural da hermenêutica jurídica, como também corremos o risco de negar a interpretação correta do direito a determinadas pessoas e regiões do país.

Bibliografia

ANDRADE, Luís Raul. *Lei da Ficha Limpa é adequada e compatível com a constituição.* Site Consultor Jurídico – CONJUR. Disponível em http://www.conjur.com.br/2011-mar-23/lei-ficha-limpa-compativel-adequada-constituicao.

___________ *Jurisdição constitucional e processo democrático*. Dissertação de mestrado em Direito Constitucional. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra, Almedina, 4ª Edição, [?].

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.* Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CATTONI, Marcelo. Devido processo legislativo. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

___________ *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

___________ *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2006.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. Inquietude versus passivismo: os novos desafios dos juristas diante da expansão do Poder Judiciário. *Direito Público*. Síntese. N. 36, Nov-Dez/2010, p. 88-105.

__________ Epistemologia e Direito: para análise do método de pesquisa nas ciências histórico-hermenêuticas. *Revista filosofia do direito e intersubjetividade.* Vol. 3, n. 1, 2011, p. 01-19. Disponível em www.univali.br/direitofilosofia. Consulta em 1/3/2012.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo, Malheiros, 19º Edição, 2003).

COELHO, Mártires Inocêncio. *Interpretação constitucional*. São Paulo, Saraiva, 3ª Edição, 2007.

COTTA, Maurizio. Verberte: representação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Volume 2, Imprensa Oficial e Editora UnB, 2000, 5ª edição, p. 1101-1107.

DENNINGER, Erhart. 'Security, diversity, solidarity' instead of 'freedom, equality, fraternity'. *Constelations.* Volume 7, N°. 4, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.* Trad. Juliana Lemos. São Paulo, Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica.* Pierre Fruchon (org.). Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Fundação Getúlio Vargas Editora. 3ª edição, 2006.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.* São Paulo, Editora Saraiva/Série IDP, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *CEBRAP.* Nº. 26, 1990.

___________ *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Volumes I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

___________ *Era das Transições.* Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003-II.

___________ *A Inclusão do Outro.* Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola, 2004.

___________ O conceito de poder de Hannah Arendt. In: *Habermas.* Org.: FREITAG, Barbara. ROUANET, Sérgio Paulo. Coord. FERNANDES, Florestan. São Paulo, Editora Ática, p. 100-118, 2001.

___________ *Notas sobre a tríade de Denninger: diversidade, segurança e solidariedade.* (trad. de Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos).

___________ *Facticidade e validade: reflexões de um autor*. Tradução para fins acadêmicos de Paulo Henrique Blair de Oliveira, a partir do publicado na Denver University Law Review, vol. 76:4, p. 937-942.

HOBSBAWM, Eric. *Los ecos de la Marsellesa*. Trad. Norja Folch. Barcelona, Crítica, 1992

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta*. Rio de janeiro, Lumen Juris, 2007.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. *Os artigos federalistas.* Trad. De Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de janeiro, Editora Nova Fronteira, 1993.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro.* Rio de janeiro. Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2006.

_________ COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva-IDP, 2009.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In*: *DADOS: Revista de ciências sociais.* Rio de Janeiro, IUPERJ, Vol. 37, 1994, p. 253-275.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

ROUSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos.* Trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo, Cultrix, 2001.

SCHMITT, Carl. *Crise da democracia parlamentar* (A situação intelectual do sistema parlamentar atual e Teologia política). São Paulo, Scritta, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CAPÍTULO 6

UM LEVIATÃ ENJAULADO, UMA TÊMIS ENALTECIDA

Ignácio Mendez Kersten[318]
DOI 10.11117/9788565604031.06

Resumo: Trata-se de uma nova abordagem de um tema antigo/atual: o ativismo judicial. Existe, na "temporaneidade", uma euforia sobre o que é ativismo judicial? Como se esse fosse um fenômeno novo, trata-se apenas de um nome novo. O artigo pretende introduzir o tema do ativismo judicial sobre o prisma do comportamento autêntico ou inautêntico, bem como delinear o Kraken, quando a Têmis extrapola seu poder originário e irradia seus poderes para os outros ramos do governo.

Introdução

Por séculos o judiciário foi um órgão auxiliar, de menor importância na repartição funcional dos poderes dos Estados. A prevalência de um executivo forte foi a tônica por muitos séculos, pois o rei transmitia a vontade de Deus aos servos. O absolutismo monárquico foi forjado nesse molde, todo poder ao rei.

A concentração do poder em uma única pessoa foi gradativamente enfraquecida, à proporção que o liberalismo se solidificava. Primeiramente, o parlamento alcançou um maior destaque, posteriormente, no século XX, o judiciário ganhou proeminência.

O destaque alcançado pelo órgão judiciário, ao enfrentar questões políticas, receberá o nome de ativismo judicial, no sentido de que a decisão judicial foi além do previsto na repartição funcional do Estado.

O presente artigo versará sobre as questões envolvendo o *nomen iuris*: ativismo judicial pela ótica da Têmis enaltecida e do Kraken. Hobbes (2002, p. 15) conceitua o "Leviatã" como Estado, nos seguintes termos

> A arte vai mais longe ainda, imitando a criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o Homem. Porque, pela arte, é criado aquele grande Leviatã aque se chama Estado, ou Cidade (em latim *Civitas*), que nada mais é senão um homem artificial, de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa for projetado.

---

[318] Mestrando em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público.

Neste trabalho, o substantivo Leviatã será empregado para designar o poder executivo, porquanto se percebe que durante anos o poder executivo era o Estado em si mesmo, nas palavras do célebre do rei Luis XIV, “o Estado sou eu”.

Procurar-se-á desvelar se o comportamento proeminente da Têmis, ora enaltecedor, ora como Kraken, seria um fenômeno novo; bem como descobrir a origem da Têmis enaltecida e do Kraken.

2 Evolução da organização do Estado

O Estado, como se conhece hodiernamente, começou a ser estabelecido em meados do século XV. O processo de aperfeiçoamento do Estado terá sua perfectibilização no século XX, portanto, mais de quinhentos anos de história para cunhar esse ente social.

Hans Kelsen (2000, p. 315) compreende o Estado como

> entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso *macro-ánthropos* ou organismo social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos.

Por outro lado, a doutrina internacionalista, embasada em parte na Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados[319] – Montevidéu, 1933 – aponta como requisitos para o reconhecimento da personalidade internacional de um Estado: população permanente, território determinado, governo e capacidade de entrar em relações com os demais Estados.

Portanto, Estado é um corpo da sociedade, como bem lembra Carl Schmitt (2007, p.116 e 117), não há mais a antiga oposição/tensão entre Estado e sociedade, contudo, há que se ressalvar a perspectiva totalitária do discurso schmittiano.

No que concerne a evolução da organização do Estado, tem-se no iluminismo do século XVIII as ideias embrionárias. Com Montesquieu, o Estado recebe novos contornos, pois separam-se os poderes outrora concentrados. Carl Schmitt realiza uma síntese dessa evolução ao escrever

> Essa violenta mudança pode ser construída como parte de um desenvolvimento dialético que decorre em três estágios: do Estado *absolutista* dos séculos XVII e XVIII, passando pelo Estado *neutro*,

---

[319] Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/dirdevestados.htm acesso em 17 de outubro de 2011.

> do liberal século XIX, para o Estado *total* da identidade entre Estado e sociedade.

E, para atualizar o pensamento de Schmitt, Zagrebelsky (2008, p.36) afirma que: *"(...) así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX ha sido el de la justicia constitucional."*

Quanto à separação dos poderes, no século XX Kelsen (2007, p.152) redireciona a teoria ao afirmar que a expressão "divisão de poderes" traduz melhor a ideia de Montesquieu, pois "(...) a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros."

2.1 Executivo forte

O critério que premitiu a construção do Estado moderno, desde os primeiros momentos, foi a concentração do poder do Estado em uma pessoa. O que ocorreu na península Ibérica no final do século XV foi exatamente esse processo. Por meio dele, esses países (Portugal e Espanha) conseguiram organizar-se e lançaram-se ao mar (Grandes Navegações).

Em momento seguinte, a concentração dos poderes do Estado, a superação das comunas feudais, disseminou-se por toda Europa. O rei tornou-se absoluto. Uma das filosofias políticas mais influentes desse período foi "O príncipe" de Nicolau Maquiavel, que se tornou um livro canônico para os detentores de cargos dinásticos.

O Executivo forte, apesar de a expressão "executivo" ter sido consolidada após Montesquieu, foi a característica que predominou nos séculos XVI, XVII, XVIII e parte do XIX, retomando importância no início do século XX.

A retomada de relevância do executivo, já no Estado liberal, tem como justificativa a inoperância e o imobilismo do parlamento. Mediante os chamados decretos-lei ou decretos de necessidade, os Chefes do executivo conseguiam mover a máquina política.

A legislação elaborada pelo executivo marcou a primeira metade do século XX, juntamente com essa "legislação motorizada" [320] surgiram o nazismo, o fascismo e o comunismo soviético. Nos países em que a legislação executiva não desapareceu, ela foi extremamente limitada.

---

[320] Expressão utilizada por Giovanni Pitruzzella *apud* Amaral Júnior (2004, p. 45)

O desprestígio da legislação do executivo tem uma ligação intrínseca com os horrores das guerras, todavia, importante destacar alguns avanços que esse tipo de legislação trouxe, como por exemplo, no Brasil, leis trabalhistas, justiça eleitoral, código penal entre outros instrumentos legais. Esses avanços, principalmente no campo social, foram possíveis em função da inexistência e da inexigibilidade de consenso parlamentar para aprovação.

O Leviatã forte foi ratificado pelo sumo princípio da representação majoritária, pois o Chefe de Estado se legitimava pelo sufrágio. Esse Leviatã moderno, ratificado pelo voto, legitimava-se; nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 126)

> (...) o Executivo na dependência de eleições, os partidos nestas passaram a influir. De fato, os ministérios, a Presidência da República ou do Conselho, essas altas posições teriam então de caber aos chefes dos partidos ou da coligação majoritária. Ora, normalmente, nas campanhas eleitorais, toda a luz é centrada em redor dessas figuras, que, de certo modo, encarnam os programas partidários. Em conseqüência disso, o eleitor comum (...) pode sentir-se 'representado' pelo chefe de governo e em condição de fazer-lhe exigências e reivindicações.

O poder do executivo conferido pela representatividade não é uma realidade hodierna. O Leviatã, na contemporaneidade, foi e está enjaulado.

2.2 Parlamento forte

O Parlamento sempre foi considerado o clímax do regime democrático indireto, representativo, pois nele representantes do povo deliberam em nome do povo e para o bem comum. A essência do regime democrático está no parlamento, porquanto nele está presente parcela da maioria e da minoria, como afirma Kelsen (2007, p.182)

> Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos apresentados no Parlamento pela maioria e pela minoria e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia.

A inamovibilidade do parlamento resulta exatamente dessa dificuldade em ter um compromisso constante entre os grupos no parlamento. A faticidade de um parlamento forte gera indagações sobre a sua viabilidade.

Talvez a história da humanidade nunca tenha presenciado um parlamento forte, mas presenciou parlamentos proeminentes, como a época de Disraeli na Grã-Bretanha, ou o período da trindade saquarema no Brasil. Nem mesmo nos Estados

Unidos da América consegue-se identificar um parlamento forte, é mais fácil identificar um executivo forte, como o de Theodore Roosevelt e de Franklin Roosevelt. Possivelmente, a democracia, do modo como está posta, seja uma barreira antropológica ao progresso liberal, uma vez que mudanças são difíceis de serem aprovadas.

Vale anotar, o parlamento não representa a maioria, pois a maioria que representa o Chefe de Estado, na maior parte das vezes, não é correspondida em termos representativos no parlamento, portanto, a própria figura do parlamento é *sui generis*, porque possui elementos da maioria e da minoria.

Do que decorre que, muitas vezes, o consenso no parlamento é uma impossibilidade antropomórfica.

3 O Judiciário enaltecido

A fim de expor o meio que tornou o judiciário forte, são necessárias algumas delimitações. O fortalecimento do judiciário encontra início com a solidificação e universalização do controle de constitucionalidade, que ocorre tanto perante uma Corte Constitucional, como perante juízes ordinários. As decisões concretizadoras de direitos são, por vezes, estigmatizadas com o sintagma ativismo judicial.

Outra definição necessária é com relação ao ativismo judicial, o enaltecimento da Têmis, para tanto, utilizar-se-á a proposta metódica exposta por Bradley Canon (1983) que sugere o seguinte:

Grupo A [321]
- 1 - majoritarianism
- 2 - interpretative stability (estabilidade do precedente)
- 3 - interpretative fidelity (fidelidade textual)

Grupo B
- 4 - substance/democratic process distinction
- 5 - specificity of policy
- 6 - availability of an alternate policymaker

Os critérios elencados no “grupo A”, considerados por Canon como indicadores de ativismo judicial, não podem ser assim considerados, pois os elementos desse grupo são aqueles que caracterizam a essência da atividade da

[321] No estudo de Bradley Canon não há essa divisão em grupos.

jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional não tem amarras ao princípio majoritário, ela é a defensora do princípio minoritário. Ademais, a estabilidade interpretativa[322] não é algo que deve ser seguida a risca, uma vez que a sociedade evolui e modifica seus valores, dessa forma, como se afirmou em artigo recente, Kersten (2011), o "(...) Direito é um construindo". Logicamente, em decorrência da prejudicialidade do item anterior, a fidelidade ao texto original é uma utopia. Essa revalorização e atualização do texto é função da jurisdição constitucional, do executivo e do legislativo, como guardiães da moral pública.

Quando a Têmis atua ultrapassando um dos critérios do "grupo A", ela pratica um ativismo autêntico, porquanto realiza função ínsita ao seu dever de agir. De outra forma, quando a Têmis atua sob os critérios do "grupo B" pratica o que se optou por chamar de ativismo inautêntico. Os critérios do "Grupo B" podem ser assim explicados: 4 - a decisão faz política em substituto ao processo democrático; 5 – a decisão não deixa margem para discricionariedade do outro ramo; e 6 – substitui a diretriz de outro ramo. Ao atuar na inautenticidade, a Têmis sofre um fenômeno que Kafka narrou em "Metamorfose", transformando-se em Kraken.

Outra possibilidade de analisar a Têmis enaltecida é por meio da análise exposta por Dworkin (1978, p.137), quando ele divide a questão entre "*judicial activism*" e "*judicial restraint*" (autocontrole judicial), por conseguinte, divide o judicial restraint em duas formas: "*political skepticism*" e "*judicial deference*".

Dworkin (1978, p. 137) define o ativismo judicial nos seguintes termos, "*the program of judicial activism holds that courts should accept the directions of the so called vague constitutional provisions (...)*." É evidente que essa é uma definição compatível com o sistema jurídico aberto norte-americano, no qual a Constituição apresente inúmeras cláusulas vagas, todavia, o sistema brasileiro pode até apresentar algumas cláusulas vagas, mas que são delimitadas pela própria hermenêutica constitucional. A indeterminação da abertura pode promover a falência do positivismo jurídico, Kelsen alerta que (2007, p. 42) "contudo, faltando tal disposição no direito positivo, a lacuna não pode ser preenchida pela teoria: isto seria direito natural."

---

[322] Ronald Dworkin (1978, p.60) coloca a questão nestes termos: "My theory, if it is not shared by everyone else, will include controversial provisions; it might include for example, a controversial theory of precedent that argues that courts must give more weight to recent than to out-of-date precedents."

Prossegue Dworkin (1978, p.137) com seu esforço para definir o "autocontrole judicial"

> *The program of judicial restraint, on the contrary, argues that courts should allow the decisions of the other branches of government to stand, even when they offend the judges' own sense of the principles required by broad constitutional doctrines, except when these decisions are so offensive to political morality that they would violate the provisions on any plausible interpretation, or, perhaps, when a contrary decision is required by clear precedent.*

Por fim, o autocontrole judicial é composto por duas formas: *political skepticism*, que afirma que os indivíduos não tem direitos morais contra o Estado (DWORKIN, 1978, p. 138), e o judicial deference, que afirma a existência de direitos morais, mas que estão para ser reconhecidos pelas instituições políticas e não pelas cortes (*Idem,* p. 138).

3.1 O Debate Kelsen x Schmitt

Esse famoso entrave ocorrido na primeira metade do século XX teve seu epicentro na identificação de quem deveria ou seria o guardião da constituição. Carl Schmitt (data) aponta que o guardião da constituição seria o Presidente do Reich. Seus argumentos estão centrados no princípio majoritário da representação popular.

Em contrapartida, Hans Kelsen (2007, p.283) elabora uma desconstrução desse ente como guardião da constituição nos seguintes termos

> Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos - que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito.

Ademais, defende uma "instância central suprema" (2007, p.145) capaz de julgar a constitucionalidade de todos os atos subordinados imediatamente à constituição (2007, p. 157). Kelsen desloca o argumento de Schmitt do campo da teoria política para um campo jurídico-político.

Esse debate parece ter-se perdido no tempo, no entanto ele continua atual, na medida em que tensões entre os poderes persistem. O citado debate pode ser atualizado ao analisar-se semiologicamente alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988(CF/1988). A guarda da Constituição foi conferida ao Supremo Tribunal federal pelo artigo 102, entretanto, o artigo 78 remete ao Presidente e ao Vice-Presidente a defesa da Constituição.

Defender e guardar não se confundem, guardar tem como fim último a defesa, preservar de afetações; defender tem um significado mais forte. Imagine-se o sistema imunológico humano, imagine-se que existe um tipo de célula que guarda o organismo, preserva-o de infecções, contudo, ao surgir uma infecção a defesa é imediatamente acionada, a guarda foi derrubada, portanto os glóbulos brancos devem defender o que antes era guardado. Portanto, para guardar utiliza-se da vigia, a defesa (pode) pressupor a força.

Por meio dessa pequena metáfora é que se pretendeu diferenciar os dois verbos, porém, essa diferenciação não quer estabelecer que um seja melhor ou mais importante que outro, mas sim que ambos devem trabalhar sinergicamente para o bem final, a fim de que não haja tensão nem rompimento do *status* originário.

3.2 Consolidação da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade)

Propõe-se estudar neste capítulo somente novas questões sobre o controle de constitucionalidade, não há pretensão dissertativa sobre as diversas possibilidades de controle.

3.2.1 Controle abstrato

De inspiração austríaca, o controle abstrato consolidou-se na maior parte dos países do mundo ocidental, por meio dele, os legitimados (um rol taxativo) podem propor ações diretamente na corte constitucional para aferir a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato federal/estadual.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão incumbido para apreciar as seguintes ações abstratas: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O controle é abstrato porque não avalia a aplicação direta da lei ao fato, mas o confronto hipotético entre a lei e a constituição, que é “a base indispensável das normas jurídicas (...)”, em vernáculo kelseniano (2007, p. 131).

É competência da Corte Constitucional retirar do mundo jurídico a lei inconstitucional, quando encontra um problema de inconstitucionalidade no tema em

apreço. Essa ação foi vista por Carl Schmitt (2007, p.64) como uma justiça penal repressiva, "se aqui o juiz decide que o legislador transgrediu aquela proibição, isso seria, então, segundo o caso, uma justiça penal repressiva e não justiça constitucional."

Em sentido diverso, Kelsen (2007, p. 153) afirma que a "(...) a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.", em outras palavras, atuar como legislador negativo significa agir para desconstruir a legislação positivamente criada (pelo parlamento) viciada por inconstitucionalidade.

Caso interessante para reflexão é a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) que, originalmente, não estava prevista no texto constitucional, mas que foi inserida pela emenda constitucional número 3. Os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade estão legitimados para propor a ADC, que tem o objetivo de afirmar a constitucionalidade abstratamente de lei frente à existência de divergências jurisprudenciais sobre sua constitucionalidade. A reflexão importante é acerca da possibilidade de uma lei declarada constitucional tornar-se inconstitucional com o passar dos tempos, pois como se sabe, o direito é um construindo, que a todo momento é revalorizado e modificado (fato, valor e norma – Miguel Reale). Norma e fato podem permanecer os mesmos, mas o valor sobre determinada questão pode mudar e tornar o que era constitucional em inconstitucional.

A lição de Gilmar Mendes (2005, p. 315) afirma a possibilidade com reservas da revisão de ADC, assim posiciona-se o professor:

> Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, mais uma vez, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Essa posição é louvada, porém, transpondo essa questão abstrata ao caso concreto, a metódica do recurso extraordinário vigente, a possibilidade de demonstrar alteração das concepções jurídicas dominantes fica dificultada, pois o instituto da repercussão geral procura sedimentar um entendimento, que apenas será modificado e possibilitará a apreciação de novo recurso sobre tema decidido no momento em que a Corte tiver membros novos.

2.2.2 Controle difuso

Trata-se da possibilidade mais social da possibilidade de controle constitucional das leis e atos, porque todo juiz está legitimado a julgar sobre a (in)constitucionalidade e todo homem está legitimado para propor esse tipo de apreciação.

O mecanismo difuso é a abertura do possível, Häberle (1997, p.33) assim trata da abertura da constituição, é "(...) a integração, pelo menos indireta, da '*res publica'* na interpretação constitucional em geral, é expressão e consequência da orientação aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário."

2.2.2.1 Controle difuso: a objetivação e a abstrativização do recurso extraordinário

Após a reforma do judiciário, instituída pela emenda constitucional número 45, o recurso extraordinário (RE) ganhou novos contornos. O reconhecimento mais imediato foi o da objetivação do recurso extraordinário, que, segundo Gilmar Mendes (artigo, p.1), deixou "(...) de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva."

Narra o professor Gilmar Mendes (artigo, p.2) que o STF reconheceu a comunicabilidade da decisão proferida em recurso extraordinário para a via abstrata. O professor expõe julgamento no qual a Corte reconheceu que a declaração de constitucionalidade no RE suficiente para declarar improcedente ADI sobre a mesma matéria.

Por outro lado, a abstrativização do controle difuso é efeito clássico do direito norte-americano, que desde as decisões de Marshall em *Marbury v. Madison, Fletcher v. Peck* e que culminou com *Cohens v. Virginia*, que, segundo Bernad Schwartz, completou a estrutura do poder judiciário, como narrado por Schwartz (1993, p. 45). O esforço das primeiras cortes americanas era de definir a questão estatal/federal, a fundação do Estado e aplicar o sentido original da constituição. A consolidação da revisão judicial, *judicial review*, nos Estados Unidos da América, nada mais é do que controle de constitucionalidade com um *nomen iuris* diverso. Isso indicava limites ao poder executivo e ao poder legislativo, nas palavras de Bernard Schwartz (1993, p.43), "*It is judicial review that makes constitutional provisions more than mere maxims of political morality*."

O aparato legal brasileiro permite esse tipo de abstrativização e des-subjetivação do controle concreto, porém, o problema que se instala não é com relação ao procedimento, mas com a competência, portanto, pode-se dizer que é reinstaurado o debate Kelsen x Schmitt, porquanto, como afirma o professor Joaquim Carlos Salgado (2007, p. XXVIII),

> A tarefa de uma Corte Superior como o Supremo Tribunal Federal, contudo, não é a de ser o guardião da Constituição, um Tribunal Constitucional, mas a de guardar o direito das pessoas, quer na forma de direito adquirido, quer na forma de direito fundamental, que se adquire só com a sua declaração na Constituição, por sua natureza, intangível. Sua tarefa é proteger os direitos da pessoa e o sujeito de direito universal.

O amálgama perpetrado pelo sistema judicial brasileiro enseja contradições, de um lado o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição (art. 102 CRFB/1988), por outro lado, a própria função de guardar fica desvirtuada, porque o STF está dentro do Poder Judiciário, não é um tribunal separado, neutro em si mesmo.

3.3 A tensão entre parlamento (princípio majoritário) e a jurisdição constitucional (princípio minoritário)[323];

A vontade da maioria foi, por muito tempo, uma verdade absoluta. A síntese política, que o Chefe de Estado representa, significava a vontade geral da população que, com a consolidação da jurisdição constitucional do século XX, teve novos contornos. Nesse sentido, Ronald Dworkin (1978, p. 132) afirma que

> The constitutional theory on which our government rests is not a simple majoritarian theory. The Constitution, and particularly the Bill of Rights is designed to protect individual citizens might want to make, even when the majority acts in what it takes to be the general or common interest.

A inserção de um contrapeso, o direito e a defesa da minoria, relativizou/flexibilizou o princípio majoritário. Isso deu-se em função da própria evolução do regime democrático, o "governo do povo, pelo o povo e para o povo", na consagrada expressão de Abraham Lincoln em seu discurso de Gettysburg.

O regime democrático sempre foi entendido como um regime em que prevalecia a vontade da maioria, a qual definia os rumos da maioria e da minoria.

---

[323] Inicialmente essa tensão era vista entre a administração e a jurisdição, conforme Kelsen (2007, p. 140)

Esse tipo de conduta nunca foi visto como mitigador de direitos, entretanto, o caos da Primeira e da Segunda Guerra Mundial permitiu uma atualização do princípio democrático.

As atrocidades dos nazistas e dos soviéticos perpetradas contra minorias étnicas aterrorizaram a humanidade. A solução encontrada foi dar poder a um órgão para revisar as leis da maioria, dar-se-ia essa revisão em um Tribunal Constitucional, nas palavras de Kelsen (2007, p. 181)

> A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria.

A inserção desse princípio minoritário é a base desse sistema de controle da maioria, a fim de evitar os "atropelos da maioria".

Poder-se-ia indagar se o Tribunal Constitucional não desestabilizou o regime democrático, pois ao declarar nula uma lei da maioria seria possível identificar uma distorção da democracia, entretanto, esclarece Zagrebelsky (2008, pags. 101 e 102)

> *La justicia constitucional protege la república y por eso limita la democracia, porque sirve para preservar el carácter de especificación de la república. Su función es precisamente evitar que uno, una parte, se adueñe de la "cosa de todos", echando a la otra parte de la propriedad común. En resúmen: la justicia constitucional es una "función republicana". (...) Lo que no quiere decir que las instituciones judiciales sean antidemocráticas; quiere decir, por el contrario, que son límites y garantias previstas contra el poder que extralimita, las degeneraciones de la democracia como puro régimen de la mayoría (...) La razón de ser de la justicia constitucional es su función antimayoría (...) Por eso podemos afirmar que la justicia constitucional no forma parte de la democracia pero sirve a la democracia.*

Dessa função "anti-maioria" surge um problema, a própria decisão do Tribunal é majoritária e com ela criam-se minorias, que também se sentem prejudicadas pela própria decisão da Corte, o que acaba conduzindo a um infinito de injustiças. O próprio princípio minoritário deve ser tratado com atenção, nem tudo pode ser concedido a todos, inclusive John Rawls (2005, p. 356) acredita em certo grau de utilitarismo

> *I have assumed that some form of majority rule is justified as the best available way of insuring just and effective legislation. (…) There is nothing to the view, then, that what the majority wills is right. In fact, none of the traditional conceptions of justice have held this doctrine, maintaining always that the outcome of the voting is subject to political principles. Although in given circumstances it is justified that the majority (suitable defined and circumscribed) has the*

> *constitutional right to make law, this does not imply that the laws enacted are just.*[324]

Apesar de toda doutrina liberal de Rawls, uma porção de utilitarismo ainda é necessário. Ao tratar de utilitarismo, premissa que confere o maior bem ao maior número possível de pessoas, uma premissa básica do regime constitucional e democrático, capaz de provocar reações enérgicas de alguns, em especial Ronald Dworkin (1978, p.140), um dos maiores defensores dos direitos das minorias, que reaciona fortemente sobre apelos a democracia

> *This simple appeal to democracy is successful if one accepts the skeptical premise. Of course, if men have no rights against the majority, if political decision is simply a matter of whose preferences shall prevail, the democracy does provide a good reason for leaving that decision to more democratic institutions than courts, even when these institutions make choices that the judges themselves hate*.

Uma possibilidade para solver essa tensão seria a criação de um Conselho dos Poderes. Um órgão a ser convocado quando a jurisdição constitucional chegasse a uma decisão diametralmente oposta sobre a concretização de direitos, não sobre formalismo jurídico. Esse Conselho serviria para chegar a um resultado mais justo, sem privilegiar a maioria completamente e sem desconsiderar a minoria, pois, segundo Aristóteles (2001, p. 111) a justiça está no meio-termo

> Assim, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio-termo entre os dois é, como já vimos, o igual, que chamamos justo; portanto, a justiça corretiva será o meio-termo entre perda e ganho.

Como o justo está no meio-termo, se a Corte chegar a uma decisão contrária ao definido pelo parlamento e pelo executivo, no que concerne a concretização de direitos, o que deve prevalecer é um misto das duas decisões. Nem o proferido pela justiça constitucional é a verdade, como nem o exarado dos órgãos majoritários, portanto, mediante a discussão de uma decisão justa, o Conselho de Poderes poderia ser o órgão incumbido para isso, pois o Chefe do Executivo (majoritário), o Presidente do Congresso Nacional (majoritário), o Presidente da Corte

---

[324] Tradução livre: "Eu assumi que alguma forma de regra majoritária é justificada como o melhor meio disponível de assegurar justa e efetiva legislação. (...) Não há nada à vista, então, que a maioria desejar é correto. Na verdade, nenhuma das concepções tradicionais de justiça segurou esta doutrina, mantendo sempre que o resultado de uma votação está sujeito ao princípio político. Embora, em dadas circunstâncias, está justificado que a maioria (adequadamente definida e circunscrita) tem o direito constitucional de fazer a lei, isto não significa que a lei promulgada é justa.

Constitucional (minoritário) e o Chefe do Ministério Público (minoritário) deveria transigir para chegar a uma decisão consensual sobre o problema.

4 A Têmis enaltecida e o “enjaulamento” do Leviatã

A Têmis, Deusa da Justiça, deve ser interpretada neste texto como representante do poder judiciário. O processo de enaltecimento do judiciário tem início no século XX. Dois sistemas judiciários necessitam ser separados, o sistema anglo-americano e o sistema europeu (romano-germânico).

Nos Estados Unidos, o poder judiciário tem uma história linear e evolutiva, pois desde *Marbury v. Madison* a Suprema Corte norte-americana aperfeiçoou seu poder. Já na Europa, em linhas gerais, o poder judiciário seguiu o próprio desenvolvimento daquele continente, permeado por interrupções (guerras). O poder judiciário ganhou novos contornos na Europa após a Primeira Guerra Mundial, quando Kelsen influenciou a criação de uma Corte Constitucional na Áustria, a fim de perfectibilizar a jurisdição constitucional e a defesa dos direitos fundamentais.

Entretanto, as novas teorias sobre jurisdição constitucional somente firmaram-se após a Segunda Guerra Mundial, quando se superou o debate Kelsen x Schmitt.

O processo de enaltecimento da Têmis coincide com uma atuação mais incisiva do judiciário na esfera política. Estudiosos denominam esse fenômeno como ativismo judicial, processo no qual a justiça se torna proativa, entretanto, o próprio conceito de ativismo judicial sofreu mudanças com o passar do tempo, tanto que atualmente é difícil apresentar uma definição do sintagma.

No Brasil, o enaltecimento da Têmis não segue uma linearidade. Pode-se identificar no Império a primeira decisão proativa do judiciário brasileiro, quando o advogado Luís Gama, por volta de 1880, conseguiu a liberação de mais de mil escravos perante a justiça, conforme narra Maria Yeda Linhares (2000, p. 285). O argumento do advogado era embasado na Lei Feijó de 1831 (“Lei para Inglês ver”), que previa a liberação de todo escravo desembarcado no Brasil, porém, desde 1850, com a Lei Eusébio, nenhum escravo desembarcara. Parte do judiciário brasileiro foi ativista e isso nunca foi estigmatizado como algo negativo, mesmo quando analisado sob o prisma dos valores da época, já que a moral liberal defendia a liberdade de todos.

Nos Estados Unidos, a justiça americana apresenta um rol de decisões mais farto para analisar o tema do enaltecimento da Têmis. Decisão paradigmática foi a ocorrida em *Brown v. Board of Education* (1954), quando a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou e decidiu sobre a questão da segregação racial no sistema educacional estadunidense. A Corte proferiu decisão, que seguiu o seu precedente de 1945, quando a Corte deferiu o pedido de matrícula de um aluno em uma universidade; não obstante, apenas em 1954 a Suprema Corte conseguiu proibir a segregação racial, uma vez que essa decisão vinculou todos os Estados-membros dos Estados Unidos da América.

A luta pela igualdade racial nos Estados Unidos teve uma longa duração. Apenas em 1964, por meio do Civil Rights Act, que a segregação foi oficialmente abolida por via legislativa. Em 1968, o primeiro negro assumiu o cargo de juiz na Suprema Corte, que, vale lembrar, era o advogado de Linda Brown no caso de 1954.

Por mais que a Corte americana tenha sido ativista em 1954, ela decidiu com base em cláusulas abertas da constituição e com base na igualdade, não obstante, em 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos enalteceu-se e fortaleceu-se ainda mais ao declarar que a mulher tinha (tem) o direito a interromper a gravidez no primeiro trimestre. A extensão dos efeitos dessa decisão vinculou todas as unidades da confederação americana.

É claro que a decisão de 1973 também foi ativista, mas o foi em sentido negativo? No sentido de minimizar a liberdade? Não. Esse tipo de ativismo serviu para enaltecer a Têmis e para colocá-la como uma força igual a dos outros poderes do Estado, diga-se, executivo e legislativo.

Essas decisões enaltecedoras colocaram o sistema judiciário em um patamar que nunca havia ocupado, o patamar de ser a via de concretização das pretensões por direitos do indivíduo. Frente ao imobilismo do parlamento e ao "enjaulamento" do Leviatã, a única força concretizadora de direitos que restou foi o judiciário.

Ao passo que a Têmis se firmava, o legislativo titubeava em passos falsos e incertos, a disputa entre executivo e legislativo tornou-se um pesadelo. Por meio de passadas controversas, o legislativo começou a restringir as pretensões de agir do executivo, ao mesmo tempo, a Têmis, visualizando essa disputa pelo poder real, também deu um xeque-mate na situação posta. Esse xeque-mate muito tem de

política, pouco tem de Direito, trata-se da mitigação do poder de escolha política do executivo que, no Brasil, começou a ocorrer com a afirmação da possibilidade de controlar o critério político de relevância e de urgência (artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil 1988 – CRFB/1988) das medidas provisórias Nesse sentido são as ADIMC 4048 e 4049[325]. O legislativo já havia restringido o Leviatã por meio da emenda constitucional número 32, após essas decisões, a margem operacional do governo foi diminuída, enjaulou-se o Leviatã.

Ao limitar a escolha política, o judiciário postou-se como um *"political player".* Em julgamento recente, a Têmis desconstruiu uma opção política do executivo, decisão que não encontra firme substrato legal, mas que foi feita. Isso ocorreu no julgamento da extradição 1085, após ser concedido o refúgio ao postulante, o Supremo seguiu o julgamento, desconstruiu o *status* de refugiado e analisou o pedido extradicional.

Essa abertura é preocupante, não se quer aqui dizer que a Têmis deva manter-se fora da política, mas que seja contida ao interferir em outros poderes. Da mesma forma que um juiz tem discricionariedade para tomar uma decisão, os outros ramos do governo também têm esse poder. A desconstrução de uma opção política preocupa, porquanto se pode imaginar um cenário kafkaniano em que o Presidente declara guerra, celebra a paz, concede indulto e, em momento seguinte, essas opções políticas são desconstruídas perante a Têmis que, quando assim atua, transforma-se em Kraken.

Em Estados de além-mar, como na República Federal da Alemanha, recentemente o Tribunal Federal Constitucional julgou reclamação constitucional sobre os empréstimos alemães aos gregos e decidiu que na próxima vez o executivo não o poderá fazer sozinho, deverá incluir o parlamento[326]. Essa decisão reduz a nada o poder do Chanceler, o Primeiro-Ministro, pois ele é o representante da maioria do parlamento.

---

[325] A análise, feita neste texto dessas ações, não chegam ao plano da correção ou incorreção, mas apenas cinge-se ao plano jurídico-político.

[326] Disponível em: http://www.conjur.com.br/2011-set-08/suprema-corte-alema-aprova-ajuda-grecia-faz-advertencias#_ftn1_9997 Acesso em 16.11.2011.

5 O império do Kraken;

Na mitologia nórdica, o Kraken era um polvo gigante, com inúmeras cabeças e tentáculos, que dominava os mares e, por isso, amedrontava os navegadores, pois os tentáculos eram capazes de fazer naufragar uma embarcação, analogicamente, a Têmis transformou-se em Kraken, seus braços alcançaram todos os poderes, muitas vezes mitigando a ação dos outros poderes do Estado.

Mas como surgiu o Kraken? Uma possível explicação é o horror que o homem tem ao vácuo, como Friedrich Nietzsche (2010, p. 80) ensina,

> Porém, no fato de o ideal ascético haver significado tanto para o homem se expressa o dado fundamental da vontade humana, o seu *horror vacui* (horror ao vácuo): ele precisa de um objetivo – e preferirá ainda querer o nada a nada querer.

Portanto, uma vez preenchido o vácuo de poder, a força desenvolve-se, impõe-se. Nietzsche (2010, p.32) esclarece

> Exigir da força que não se expresse como força, que não seja um querer-dominar, um querer-vencer, um querer-subjugar, uma sede de inimigos, resistências e triunfos, é tão absurdo quanto exigir da fraqueza que se expresse como força.

O Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, tem dominado o panorama das notícias políticas. Esse querer-dominar pode ser identificado com um viés do ativismo, que se chama ativismo inautêntico, pois se percebe o extravasamento das competências originárias do órgão. Entretanto, a estrutura originária do órgão não previa esse querer-dominar, Kelsen (2007, p. 139) assim estrutura o Tribunal

> Entre as numerosas garantias puramente preventivas possíveis, encontra-se e deve ser aqui considerada antes de mais nada a organização em um tribunal da autoridade que cria o direito, isto é, a independência do órgão, - pela inamovibilidade, por exemplo –, consistindo essa independência em que ele não pode ser juridicamente obrigado, no exercício das suas funções, por nenhuma norma individual (ordem) de outro órgão, em particular de um órgão superior ou pertencente a outro grupo de autoridades, e por conseguinte em que só está preso às normas gerais, essencialmente às leis e aos regulamentos.

O Tribunal Constitucional estava inicialmente subordinado ao direito positivo, contudo, em tempos recentes, perpetrou-se uma extensão das possibilidades hermenêuticas por meio de uma abertura do texto constitucional e da integração de princípios.

A consagração da deontologia jurídica, conjuntamente com a doutrina que defende a supraconstitucionalidade ou otimização dos princípios (Robert Alexy),

ensejou um “novo mundo de possibilidades” ao Direito. Em sua gênese, segundo Kelsen (2007, p.240), “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.”, porém, ao incorporar-se um “novo mundo de possibilidades”, o possibilismo[327] jurídico, a segurança desse direito positivo comtiano-kelseniano foi flexibilizada. Talvez essa seja mais uma característica da pós-modernidade, a flexibilização do Direito, assim como a Corte Warren realizou, conforme as acusações de Nixon *apud* Dworkin (1978, p.140) que a Suprema Corte ‘torceu e dobrou’ a lei.

A ação do Kraken é referente as possibilidades elencadas no Grupo B e por isso são inautênticas. Essa referência permite uma dúvida, seriam as decisões inautênticas erradas? Haveria decisão inautêntica correta?

Como exemplo de ativismo inautêntico insuportável (errado), cita-se, novamente, a desconstrução do refúgio na extradição 1085, porquanto carece de qualquer previsão legal. Em contrapartida, aponta-se como ativismo inautêntico suportável, a decisão do Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas, porque, apesar de não haver substrato legal ou constitucional para a decisão, há compatibilidade entre o espírito da constituição e a decisão proferida.

Portanto, com base em um estrito positivismo, não haveria possibilidade de um ativismo inautêntico correto, apenas suportável jurídica e politicamente.

Conclusão

Percebe-se pela evolução da organização do Estado que sempre algum ente ocupa o poder. A divisão dos poderes é uma ficção, pois como se viu o poder sempre foi unívoco, tanto o executivo e o legislativo, como o judiciário já ocuparam um lugar de realce no Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Têmis recebeu uma aparelhagem suficiente para torná-la enaltecida. Enalteceu-se porque concretizou direitos e reduziu desigualdades ao agir na lei e dentro dela. Tornou-se o Kraken, quando foi seduzido pelo cântico das sereias e quis mais poder, quis-dominar e enjaulou o Leviatã.

---

[327] Em referência à teoria da geografia de Vidal de La Blache, possibilismo geográfico.

Da Têmis enaltecida, que há muito realiza ativismo (autêntico), ao Kraken, que promove um ativismo inautêntico (suportável ou insuportável), a sociedade moderna tenta aprender a lidar com tensões. A antiga tensão administração x jurisdição constitucional virou uma tensão entre o princípio majoritário e o princípio minoritário. Ousou-se propor uma solução aristotélica por meio da criação do chamado Conselho de Poderes, a fim de contrabalançar as tensões e promover a paz. Nem a maximização total do bem-estar é possível, nem o minimalismo jurídico é factível. A solução possível está no meio-termo.

O Leviatã e a Têmis não são adversários na organização do Estado. Tanto um quanto o outro precisam aprender a coexistir pacificamente e achar soluções consensuais para equilibrar os desacordos. Democracia faz-se, além do voto, por ações tomadas por meio de negociações, transações; não se faz democracia subjugando e oprimindo.

Referências bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em Lei:* a emenda constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* São Paulo: Martin Claret, 2001.

CANON, Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature,* number 6, volume 66, December-january 1983.

BRASIL. *Constituição Federal:* promulgada em 05 de outubro de 1988. 15. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.*Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997,

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisidição constitucional.* 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

____________. *Teoria pura do direito.* 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTEN, Ignácio Mendez. O direito em uma perspectiva na condição pós-moderna. *Revista Âmbito-Jurídico.* Rio Grande, ano XIV, n. 94, novembro 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10705 Acesso em 21.11.2011.

LINHARES, Maria Yedda (org). *Hitória Geral do Brasil.* 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. Convenção sobre os direitos e deveres do Estados. Montevidéu, 1933.Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/dirdevestados.htm acesso em 17 de outubro de 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral.* Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

RAWLS, John. *A Theory of Justice.* Cambridge: Harvard University Press, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. In: SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade.*Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Apresentação. p. xxviii

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição.* Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court.* New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucionl Positivo.* 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política.* Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2008.